Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

24

Axel Tschentscher

Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit

Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Robert Alexy und
Prof. Dr. Ralf Dreier

Band 24

Axel Tschentscher

Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit

Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 1999

ISBN 978-3-7890-6490-6

1. Auflage 2000 – Nachdruck 2009
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 1998/99 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Ich habe sie im Juni 1998 abgeschlossen; später erschienene Literatur konnte nur im Einzelfall berücksichtigt werden. Nachdem die Erstauflage vergriffen war, habe ich diesen Nachdruck genutzt, um Druck- und Formatierungsfehler zu beseitigen. Inhaltlich ist die Arbeit nicht verändert worden. Auch die Seitengrenzen wurden abgesehen von einzelnen Wortverschiebungen beibehalten.

Mein Dank gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Robert Alexy, der diese Arbeit betreut hat. Sein wissenschaftliches Werk war mir Anregung und Ausgangspunkt für das Dissertationsprojekt. Besonderer Dank gebührt sodann Herrn Prof. Dr. Horst Dreier, als dessen Mitarbeiter ich zunächst in Hamburg und später in Würzburg arbeiten durfte. Sein Enthusiasmus in Forschung und Lehre dient mir bis heute als Vorbild. Ohne seine Rücksichtnahme auf die Belastung, die eine Dissertation in der Endphase mit sich bringt, wäre es mir nicht gelungen, die Arbeit pünktlich abzuschließen.

Die anglo-amerikanische Literatur hätte ohne ein Studienjahr an der Cornell University (New York) nicht angemessen berücksichtigt werden können. Für die Betreuung während dieser Zeit danke ich besonders Herrn Prof. Dr. Robert Summers. An der philosophischen Fakultät der Cornell University konnte ich von Prof. David Lyons profitieren; auch ihm sei hier gedankt.

Herr Prof. Dr. Jörn Eckert hat sich freundlicherweise der Mühe des Zweitgutachtens unterzogen. Herrn Prof. Dr. Ralf Dreier danke ich für die Zustimmung zur Aufnahme in die Schriftenreihe. Finanzielle und ideelle Förderung habe ich als Stipendiat der Studienstiftung des Deutschen Volkes und der Rotary Foundation sowie durch eine Druckkostenbeihilfe der Deutschen Forschungsgemeinschaft erhalten. Schließlich gilt mein besonderer Dank Frau Miriam Minder, die die Arbeit für den Nachdruck korrekturgelesen hat.

Einen erheblichen Anteil an der Verwirklichung des Vorhabens hatte Frau Prof. Dr. Susan Emmenegger, LL.M. Sie hat jede Phase der langjährigen Recherchen und Entwürfe miterlebt und war für die schwierigsten Fragen meine geduldige Diskussionspartnerin. Aussagen zur Gerechtigkeit zwischen Nationen, Generationen, Geschlechtern und Naturentitäten gehen maßgeblich auf ihre Anregungen zurück – für Fehler bin ich allein verantwortlich.

Gewidmet ist dieses Buch meinen lieben Eltern, Helga und Wolfgang Tschentscher, ohne die nichts geschrieben worden wäre.

Bern, im August 2009 Axel Tschentscher

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung

Juristinnen und Juristen vermögen eine vernünftige und gerechte Ordnung der Gesellschaft in dem von ihnen besetzten Teilgebiet nicht isoliert zu verwirklichen; sie können aber zur Realisierung von Vernunft und Gerechtigkeit beitragen[1]. Doch wie soll dieser Beitrag aussehen – wie kann Recht *gerecht* sein? Dieser Frage ist die vorliegende Untersuchung gewidmet. Ihr Ziel besteht darin, den Beitrag näher zu bestimmen, den prozedurale Theorien der Gerechtigkeit bei der Beantwortung der Frage nach Gerechtigkeit im Recht leisten können.

Schon die Leitfrage 'Wie kann Recht gerecht sein?' wird bei vielen Juristen die Gegenfrage provozieren, was denn Recht mit Gerechtigkeit zu tun habe[2]. Immerhin besteht ein kaum zu unterschätzender Vorteil darin, daß die Normenwelten des Rechts und der Moral weitgehend unabhängig voneinander existieren, wir also bei aller Unwägbarkeit des *moralisch* richtigen Handelns durchweg sicher sein können, was *rechtlich* von uns verlangt wird. Ist also die Frage 'Wie kann Recht gerecht sein?' nur für diejenigen von Interesse, die einen Mindestgehalt an Moralität bereits im Begriff des Rechts verankert sehen? Diese Frage wird im ersten Teil dieser Untersuchung verneint. Dort wird zu zeigen sein, daß der Gerechtigkeit im Recht selbst dann Bedeutung zukommt, wenn der *Begriff* des Rechts frei von aller Moral bestimmt wird.

Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit – also vereinfacht gesprochen solche, die eine Begründung von Gerechtigkeit unter Rückgriff auf Verfahrensüberlegungen betreiben – versprechen am ehesten, eine befriedigende Antwort auf die Frage nach der Gerechtigkeit im Recht zu bieten. Ihr besonderer Reiz liegt darin, daß sie Gerechtigkeit nicht von vornherein durch inhaltliche Annahmen präjudizieren, also nicht eine bestimmte Religion, ein Statusbewußtsein gesellschaftlicher Schichten, eine Tradition, eine Rollenverteilung der Geschlechter, eine kulturelle Identität oder andere Sozialsubstanzen voraussetzen. Abgesehen von dieser inhaltlichen Unvoreingenommenheit sind die Begriffsmerkmale, die eine prozedurale Gerechtigkeitstheorie prägen, indes noch nicht hinreichend untersucht. Zwar ist die Klasse der prozeduralen Theorien als solche anerkannt[3], doch ergibt sich aus den bisherigen Arbeiten nicht,

---

[1] *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 359. Zur Zitierweise: Für die bessere zeitliche Zuordnung wird bei abgekürzt zitierten Werken in Anlehnung an die internationalen Zitierkonventionen in den Sozial- und Geisteswissenschaften (*Chicago-Style*) zusätzlich eine Jahreszahl angegeben, und zwar regelmäßig diejenige der Erstveröffentlichung oder der veränderten Neuauflage, bei öffentlichen Reden die des Vortragsjahres, bei Übersetzungen die des Jahres der Originalausgabe, bei Zitaten aus einem Nachtrag die des Jahres der unveränderten Neuausgabe, die den Nachtrag enthält.

[2] Vgl. *F. Bydlinski,* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab (1996), S. 111 f.: Die Annahme, Recht habe mit Gerechtigkeit nichts zu tun, werde bereits Studienanfängern suggeriert und wirke sich langfristig prägend auf das Denken vieler Juristen aus.

[3] Zu den Autoren, die ausdrücklich die 'prozeduralen' bzw. 'prozeduralistischen' Theorien der Gerechtigkeit erörtern, gehören beispielsweise *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 7 ff. – allerdings im Ergebnis (S. 20) die prozeduralen Theorien bis auf einen 'heuristischen Wert' ablehnend; *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107, 111 ff.; *J. Habermas,* Fak-

was genau eine Gerechtigkeitstheorie zu einer *prozeduralen* macht[4]. Die Arbeiten behandeln zwar einen unumstrittenen Kernbestand der prozeduralen Theoriengruppe, zu dem die Entscheidungs- und Diskurstheorien sowie einige Vertragstheorien gehören[5]. Sie konkretisieren aber nicht die Grenzen der Theorienklasse. Ist eine Theorie schon dann 'prozedural', wenn sie, wie im Utilitarismus, ein inhaltsunabhängiges, rein formales Kriterium für Gerechtigkeit bestimmt – 'Das größte Glück der größten Zahl'?[6] Liegt eine 'prozedurale' Gerechtigkeitstheorie vor, wenn eine Theorie für die Erzeugung gerechter Ergebnisse auf Verfahren abstellt, etwa auf den Gerichtsprozeß oder das Gesetzgebungsverfahren? Müssen wir von 'prozeduralen' Gerechtigkeitstheorien auch dort sprechen, wo in grundlegender Vernunftskepsis die Gerechtigkeitsfragen als unentscheidbar gelten und auf Verfahren nur als Notlösung zurückgegriffen wird?

Alle diese Fragen sind mit 'Nein' zu beantworten. Um aber eine solche Antwort geben zu können, muß erst einmal der *Begriff der prozeduralen Theorie der Gerechtigkeit* bestimmt werden. Das geht nur innerhalb eines analytischen Rahmens zu den Begriffen von Gerechtigkeit, Gerechtigkeitstheorie und prozeduraler Gerechtigkeit, der trotz zahlreicher Einzelstudien zu Theoriegruppen erst noch geschaffen werden will[7]. Solchen terminologischen und klassifikatorischen Fragen ist der zweite Teil

---

tizität und Geltung (1992), S. 564; *R. Hoffmann,* Verfahrensgerechtigkeit (1992), S. 166 ff.; *M.R. Deckert,* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 194; *H. Klenner,* Über die vier Arten von Gerechtigkeitstheorien gegenwärtiger Rechtsphilosophie (1995), S. 138 ff. Parallelen finden sich in den Begriffen 'prozedurale Ethik', 'prozedurale Methodik' und 'prozedurale Rechtfertigung', vgl. *H. Kitschelt,* Moralisches Argumentieren und Sozialtheorie (1980), S. 391 ff.; *S. Benhabib,* The Methodological Illusions of Modern Political Theory (1982), S. 49; *J.-R. Sieckmann,* Justice and Rights (1995), S. 110 f.

4 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107, 111 ff. spricht beispielsweise von Gerechtigkeitsbegründungs- und Gerechtigkeitserzeugungstheorien, während *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 13 ff. allein die Beispiele der Begründungstheorien von *J. Rawls* und *J. Habermas* heranzieht. Dazu unten S. 132 ff. (Begriff der prozeduralen Gerechtigkeitstheorie).

5 Zu alledem später ausführlich S. 167 ff. (Entscheidungstheorien), S. 217 ff. (Diskurstheorien); zum Problem der Vertragstheorien als Theorienklasse außerdem S. 102.

6 Vgl. *J. Bentham,* Fragment of Government (1776), S. 242: »As a basis for all such operations ... may be seen setting up accordingly, the greatest happiness of the greatest number, in the character of the proper, and only proper and defensible, end of government« sowie S. 271, Anm.: »[T]he *greatest-happiness principle* [is] a principle which lays down, as the only *right* and justifiable end of Government, the greatest happiness of the greatest number« (Hervorhebung bei *Bentham*). Vgl. *ders.,* Codification Proposal (1822), S. 537 ff. – die *'greatest happiness of the greatest number'* fordere eine umfassende Institutionalisierung von Recht, das im einzelnen mit der Glücksförderung begründet sein müsse; *ders.,* Constitutional Code (1827), S. 5: »The right and proper end of government in every political community is the greatest happiness of the greatest number.«

7 Der Vortrag von *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 13 ff. beschränkt sich auf eine vergleichende Darstellung der Theorien von *Habermas* und *Rawls.* Die zahlreichen neueren Studien zu Sozialvertragstheorien beziehen Diskursmodelle nicht mit ein; vgl. etwa *P. Koller,* Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen (1984), S. 241 ff.; *ders.,* Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987), S. 11 ff.; *V. Medina,* Social Contract Theories (1990), S. 11 ff. (Theorien von *Hobbes, Locke, Rousseau, Kant* und *Rawls* mit einer Gegenüberstellung zu *Hume* und *Hegel*); *R. Kley,* Vertragstheorien der Gerechtigkeit (1989), S. VIII ff. (*Rawls, Nozick, Buchanan*); *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 11 ff. Die Arbeit von *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992) konzentriert sich auf eine Abgrenzung zur Theorie von *Rawls.* Die vergleichenden Arbeiten zu Vertrag und Diskurs, etwa die entschei-

dieser Untersuchung gewidmet. Sein Umfang ist einerseits der Vielfalt der vorfindlichen Gerechtigkeitsbegriffe und Theoriearten geschuldet, andererseits aber auch der hier angewandten kritisch-analytischen Methode, die Theorien nicht isoliert aneinanderreiht, sondern inhaltlich aufeinander bezieht und deshalb eine solide terminologische und klassifikatorische Basis benötigt. Der insoweit grundlegende zweite Teil wird zu dem Ergebnis führen, daß prozedurale Theorien der Gerechtigkeit genau diejenigen Theorien sind, die entweder der *hobbesianischen* oder der *kantischen* Grundposition der politischen Philosophie zugeordnet werden können. Den Gegensatz dazu bilden die materialen Gerechtigkeitstheorien der *aristotelischen* Grundposition und die (gerechtigkeitsskeptischen) 'Antitheorien' der Gerechtigkeit der *nietzscheanischen* Grundposition.

Will man prozedurale Theorien der Gerechtigkeit vergleichen, analysieren und kritisieren, so ist nicht nur eine genaue Begriffsbildung nötig. Zusätzlich müssen die Inhalte der einzelnen Theorien dargestellt werden, um das Spektrum der Möglichkeiten unterschiedlicher Gerechtigkeitskonzeptionen einigermaßen vollständig zu erfassen. Dem ist der dritte Teil gewidmet. Angesichts der Materialvielfalt zum Thema 'Gerechtigkeit' ist hierbei strikte Selbstbeschränkung auf einige Schwerpunkte geboten. Solche Selbstbeschränkung wird in dieser Untersuchung in dreierlei Hinsicht vorgenommen:

Erstens geht es im folgenden nicht um Gerechtigkeit schlechthin (d.h. in der Familie, der Welt, unter Freunden), sondern nur um *politische Gerechtigkeit* (d.h. diejenige »von einem moralischen Standpunkt gegenüber Recht und Staat«[8]), denn zu ihr gehört die hier verfolgte Leitfrage, wie *Recht* gerecht sein kann. Damit ist vorgezeichnet, daß es nicht auf die soziologische oder psychologische Bestandsaufnahme der kollektiven oder individuellen Vorstellungen von Gerechtigkeit ankommt, wie sie empirische Gerechtigkeitstheorien leisten[9]. Auch wird die Gerechtigkeit zwischen Generationen, gegenüber der Natur, unter Nationen oder zwischen den Geschlechtern nicht Gegenstand der Untersuchung sein[10]. Es geht vielmehr um den Kernbestand an Kriterien der Gerechtigkeit in Recht und Staat, wie sie von normativen Gerechtigkeitstheorien entwickelt werden, um die obersten Gerechtigkeitsprinzipien und ihre Bedeutung für die Rechtsordnung in einem Staatswesen zu begründen.

Die Schwerpunktsetzung auf politischer Gerechtigkeit rechtfertigt sich vor allem daraus, daß die staatliche Rechtsordnung besonders dringend der Legitimation bedarf. Denn Recht ist dadurch gekennzeichnet, daß es mit der Befugnis zu zwingen

---

dungslogische Analyse von *L. Kern,* Von Habermas zu Rawls (1986), schlagen nicht die in dieser Untersuchung beabsichtigte Brücke zwischen prozeduraler Theorie und prozeduralem Recht. Der analytische Rahmen, der bei *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 106 ff. entwickelt wird, entspricht nur in den Grundzügen der Grenzziehung, wie sie in dieser Untersuchung vorgenommen wird; vgl. unten S. 136 (Klassifizierung bei *Dreier*).

8 Definition bei *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 59; ähnlich S. 28: »die sittliche Perspektive auf Recht und Staat«. Zur Beschränkung der Untersuchung auf politische Gerechtigkeit siehe unten S. 78 (Schwerpunktthese).

9 Zur subjektiven prozeduralen Gerechtigkeit als Gegenstand der empirischen Gerechtigkeitsforschung unten S. 119 (Begriff der prozeduralen Gerechtigkeit, D_3).

10 Zur Beschränkung der Untersuchung auf intragenerationale, anthropozentristische, androgyne, nationalstaatliche Gerechtigkeit unten S. 114 ff., 358 ff. (Erweiterbarkeitsthese).

verbunden ist[11]. Die Gerechtigkeit der staatlichen Rechtsordnung ist nach wie vor von ungebrochener Aktualität. Mag auch die gegenwärtige Staatenentwicklung Anlaß zur Hoffnung geben, daß die unverholen und offensichtlich ungerechten Systeme, die Okkupations-, Genozid- und Apartheidsregime, derzeit im Niedergang begriffen sind; ein 'Ende der Geschichte' zeichnet sich damit keineswegs ab[12]. Denn selbst wenn die These stimmen sollte, daß sich sämtliche der etwa 180 zur Zeit existierenden unabhängigen Staaten letztlich am modernen europäischen Staatsmodell orientieren[13], so ist doch weder erkennbar, ob sich die staatlichen Ordnungsmodelle dabei überhaupt teleologisch auf ein Optimierungsziel hin entwickeln, statt nur einer vorübergehenden politischen Mode anzuhängen[14], noch ähneln sich die unter dem Bekenntnis demokratischer Verfaßtheit versammelten Staatsordnungen stark genug, um von einem einheitlichen, als gerecht anerkannten Modell sprechen zu können. Zwischen der kommunistischen Volksrepublik China, der religiösen Republik Iran und den kapitalistisch-laizistischen Vereinigten Staaten von Amerika entfaltet sich ein so weites Band unterschiedlicher Demokratievorstellungen, daß wechselseitige Vorwürfe von Ungerechtigkeit eher die Regel als die Ausnahme sind. Und selbst wenn es in einer politisch konsolidierten Zukunft jemals einen breiten Konsens über die richtige(n) Staatsordnung(en) geben sollte, so müßte dieser doch stets aufs neue gegenüber jeder Einzelstimme der Kritik nach innen und außen verteidigt werden.

Zweitens liegt eine Selbstbeschränkung darin, daß diese Untersuchung sich auf 'Gerechtigkeitstheorien der Gegenwart' konzentriert. Die Klassiker der Ideengeschichte politischer Gerechtigkeit (*Aristoteles, Hobbes, Locke, Kant* u.v.m.), zu denen es zahlreiche Detailstudien gibt, finden hier nur insoweit ausdrücklich Erwähnung, als sie zu einer unverzichtbaren Grundlage neuerer Theorien geworden sind. Als 'Gerechtigkeitstheorien der Gegenwart' sind solche gemeint, die – wie die Theorie von *Rawls*[15] – jedenfalls nach Etablierung der Spieltheorie durch *J. v. Neumann* und

---

11 Illustrativ die frühe Formulierung bei *R. v. Jhering,* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (1894), S. 22: »Von allen übrigen Mächten und Ideen, welche das menschliche Handeln bestimmen: der des Guten, Schönen, Zweckmäßigen, der Religion, unterscheidet sich das Recht dadurch, daß es sich zu seiner Verwirklichung des Zwanges bedient, also die Freiheit des eigenen Entschlusses aufhebt.« Ausführlicher *ders.,* Der Zweck im Recht (1884), S. 320 ff. beginnend mit der Definition: »Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden *Zwangsnormen*« (Hervorhebung bei *Jhering*). Ähnlich *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 84: »[W]hen physical sanctions are prominent or usual among the forms of pressure, ... we shall be inclined to classify the rules as a primitive or rudimentary form of law.«

12 Vgl. aber die Thesen von *F. Fukuyama,* The End of History? (1989), S. 3 ff. (4): »What we may be witnessing is not just the end of the Cold War, ... but the end of history as such: that is, the end point of mankind's ideological evolution and the universalization of Western liberal democracy as the final form of human government.«; *ders.,* The End of History and the Last Man (1992); dagegen *S.P. Huntington,* No Exit: The Errors of Endism (1989); *ders.,* The Clash of Civilizations? (1993), S. 38: »conflict between civilizations will supplant ideological and other forms of conflict as the dominant global form of conflict«.

13 *S.E. Finer,* History of Government (1997), S. 88; ähnlich in Form einer Vorhersage bereits *M. Kriele,* Die demokratische Weltrevolution (1987), §§ 1, 16 ff. (S. 9 ff., 53 ff.).

14 Gründe für Skepsis etwa bei *S.E. Finer,* History of Government (1997), S. 88; frühe Kritik am historischen Determinismus bei *I. Berlin,* Historical Inevitability (1953), S. 109 ff.

15 Die Grundlagen der *Rawls*schen Theorie wurden bereits am 28. Dezember 1957 gelegt, in einem Vortrag vor der American Philosophical Association, Eastern Division, publiziert als *J. Rawls,* Ju-

O. Morgenstern im Jahre 1944 entwickelt wurden[16], vor allem also diejenigen, die erst in der Reaktion auf den *Rawls*schen Entwurf von 1971 oder als Teil der dadurch ausgelösten Renaissance von Gerechtigkeitsfragen seit den 70er Jahren entstanden sind[17].

Drittens muß selbst unter den gegenwärtig vertretenen Theorien der politischen Gerechtigkeit noch eine Auswahl getroffen werden, da eine erschöpfende Darstellung aller Theorien den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Die Auswahl orientiert sich an zwei Kriterien: Zunächst sollen die dargestellten Theorien exemplarisch für die gesamte Breite des Theorienspektrums stehen. Um dieses Spektrum möglichst überschneidungsfrei zu erfassen, konzentriert sich die Darstellung auf die Unterschiede zwischen den Ansätzen und verzichtet auf jene Theorien, die sich im wesentlichen anderen anschließen. Die Gerechtigkeitstheorien sollen zudem in erster Linie auf ihre Aussagen zur *Gerechtigkeit im Recht* hin untersucht werden. Deshalb sind die rechtlichen Konsequenzen einer Theorie selbst dort in der Darstellung hervorgehoben, wo sie der jeweilige Autor selbst nicht ins Zentrum stellt.

Die im dritten Teil zunächst weitgehend ohne Bewertung dargestellten Theoriebeispiele werden im vierten Teil einer Analyse und Kritik unterzogen. Diese Zweistufigkeit des Untersuchungsgangs hat den Vorteil, daß etliche Argumente gleich auf ganze Theoriegruppen bezogen werden können. Dabei bewährt sich die zuvor gewonnene und durch die Theoriedarstellung ausgefüllte Klassifizierung nach Grundpositionen, ohne die die Materialmenge kaum zu bewältigen wäre[18]. Nur zwei der Grundpositionen betreffen prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Die nichtprozeduralen Theoriegruppen der nietzscheanischen und aristotelischen Grundposition verdienen gleichwohl Beachtung, weil sie die beiden Gegenmodelle zu den prozeduralen Theorien bilden und deshalb für diese eine Herausforderung sind. Im Ergebnis des vierten Teils wird sich zeigen, daß sämtliche Theorieansätze ihre spezifischen Schwachpunkte haben, daß aber gleichwohl die Diskurstheorien der kantischen

---

stice as Fairness, in: The Journal of Philosophy 54 (1957), S. 653-662. Die entscheidungstheoretischen Grundlagen, die *Rawls* später aufgegeben hat (dazu unten S. 180 ff.), reichen sogar weiter zurück: *J. Rawls,* Outline of a Decision Procedure for Ethics (1951), S. 177 ff.

16 *J. v. Neumann/O. Morgenstern,* Theory of Games and Economic Behavior (1944).

17 Zu Niedergang und Renaissance der politischen Philosophie *G. Lübbe,* Die Auferstehung des Sozialvertrags (1977), S. 185 ff.; *V. Vanberg/R. Wippler,* Die Renaissance der Idee des Gesellschaftsvertrags und die Soziologie (1986), S. 1 ff.; *O. Höffe,* Gerechtigkeit als Tausch? (1991), S. 7 ff.; *K. Günther,* Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? (1991), S. 186 ff.; *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 11 ff. Zu den (kritisch an *Rawls* orientierten) Renaissancemonographien zählen weiter *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974); *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975); *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980); *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987); *T. Nagel,* Equality and Partiality (1991) sowie die (liberalismuskritischen) Entwürfe der Kommunitaristen: *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982); *U. Steinvorth,* Gleiche Freiheit (1999), S. 15 ff.; *M. Taylor,* Community, Anarchy, and Liberty (1982); *M. Walzer,* Spheres of Justice (1983). Die bahnbrechende Bedeutung der *Rawls*schen Theorie wird dadurch belegt, daß bereits gut zehn Jahre nach Erscheinen der 'Theory of Justice' in der *Rawls*-Bibliographie von *H.G. Wellbank/D. Snook/D.T. Mason,* John Rawls and his Critics (1982), S. 23 ff. insgesamt 2.512 Sekundärquellen aufgezählt und erläutert wurden.

18 Vgl. unten S. 81 (Klassifizierung nach Grundpositionen).

Grundposition die vielversprechendsten Kandidaten für eine adäquate Erfassung der Gerechtigkeit im Recht sind.

Nun wäre es vermessen, im fünften Teil dieser Untersuchung eine vollständige Diskurstheorie der Gerechtigkeit zu entwickeln. Das wäre die Aufgabe einer weiteren Arbeit jenseits des hier gesteckten Rahmens. Doch liegt bei aller Zurückhaltung ein gewisser Reiz darin, das Ergebnis des vierten Teils, nach dem diskursive Theorien der Gerechtigkeit am besten erklären können, wie Recht gerecht sein kann, zumindest in Grundzügen auch positiv zu bewähren. Deshalb soll im Schlußkapitel begonnen werden, die *Grundzüge* einer diskursiven Theorie der Gerechtigkeit zu skizzieren, die prozedurale Maßstäbe für Gerechtigkeit im Recht liefern kann. Dabei knüpft die Untersuchung an ein Projekt von *Alexy* an, das von diesem als 'analytischer Liberalismus' charakterisiert wurde[19]. Die Idee eines analytisch begründbaren Liberalismus soll hier für die Ansätze einer *Diskurstheorie der Gerechtigkeit* fruchtbar gemacht werden.

---

19 Bezeichnung bei *R. Alexy*, Vorwort, in: Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 10.

Erster Teil: Gerechtigkeit, Moral und Recht

'Wie kann Recht gerecht sein?' – Die Frage ist nicht nur für diejenigen von Interesse, die entgegen der rechtspositivistischen Trennungsthese[1] einen Mindestgehalt an Moralität bereits im *Begriff* des Rechts verankert sehen. Vielmehr kommt der Frage nach Gerechtigkeit im Recht selbst dann Bedeutung zu, wenn der Rechtsbegriff frei von Moral gedacht wird[2]. Um das zu zeigen, ist es sinnvoll, zunächst die Stellung der Gerechtigkeitsfragen in der Philosophie, insbesondere ihre Beziehung zur Moral und zu Konzeptionen der praktischen Vernunft deutlich zu machen (A). Daraus ergibt sich ein erster Anhaltspunkt, wie die Gerechtigkeit mit dem Begriff des Rechts zusammenhängen könnte, nämlich vermittelt durch die Frage, ob es einen begriffsnotwendigen moralischen Mindestgehalt des Rechts gibt – einen *analytischen Gerechtigkeitsgehalt* (B). Die These vom *normativen Gerechtigkeitsgehalt des Rechts* hält dem entgegen, daß es für die Bedeutung der Gerechtigkeit im Recht auf einen analytischen Gerechtigkeitsgehalt nicht entscheidend ankommt, weil die Gerechtigkeit unabhängig von dem verwendeten Rechtsbegriff tatsächliche Bedeutung im Recht erlangt (C). Diese These wird für Gerechtigkeit in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie einerseits sowie Rechtsdogmatik andererseits differenziert und abschließend dahin erweitert, daß auch die Gerechtigkeit in den rechtlich nicht oder kaum geregelten Sozialbereichen (Freundschaft, Familie, Kultur u.v.m.) für das Recht mittelbar Bedeutung entfaltet (D).

A. Gerechtigkeit und praktische Vernunft

Die Gerechtigkeit ist Teil der Moral[3], gehört damit zur praktischen Philosophie und ist auf eine Konzeption der praktischen Vernunft angewiesen. Was bedeutet das im einzelnen? Zunächst ist die Gerechtigkeit, wie allgemein die Moral, ein Versuch, auf die Grundfrage der praktischer Philosophie 'Was soll ich tun?'[4] zu antworten. Gerechtigkeitsfragen unterscheiden sich dadurch von der Fragestellung der theoretischen Philosophie ('Was kann ich wissen?'), sind also nicht der theoretischen Erkenntnis (der Wahrheitsfindung über Seinstatsachen) zugänglich. Sie unterscheiden sich auch vom religiösen Bekenntnis in Glaubensfragen ('Was darf ich hoffen?'). In dieser Gegensätzlichkeit zu theoretischer Erkenntnis einerseits und religiösem Bekenntnis andererseits verlangt die Beantwortung von Gerechtigkeitsfragen nach einer Konzeption der praktischen Vernunft – häufig synonym verwendet mit 'prakti-

---

1 Dazu unten S. 29 (Trennungsthese, analytischer Gerechtigkeitsgehalt des Rechts).

2 Vgl. *D. v.d. Pfordten,* Rechtsethik (1996), S. 202 – die Frage als »Grundfrage der Rechtsethik«.

3 Vgl. unten S. 52 ff. (Sollensbezug der Gerechtigkeit, Skizze zu Gerechtigkeit und Moral).

4 Die Charakterisierung der praktischen Vernunft durch diese Frage geht auf *Kant* zurück: *I. Kant.,* KrV (1781), A 804 f. / B 832 f.: »Alles Interesse meiner Vernunft (das spekulative sowohl, als das praktische) vereinigt sich in folgenden drei Fragen: 1. Was kann ich wissen? 2. Was soll ich tun? 3. Was darf ich hoffen?«.

scher Rationalität' oder 'Handlungsrationalität'[5]. Die praktische Vernunft bezeichnet das Vermögen, auf praktische Fragen, das heißt solche, die auf die Richtigkeit einer handlungsleitenden Entscheidung zielen[6], begründete Antworten zu geben[7]. Der Anspruch auf Gerechtigkeit stellt sich als ein Sonderfall des Anspruchs auf Richtigkeit dar[8].

Umstritten ist bereits, ob es überhaupt praktische Vernunft gibt, ob also jemals eine begründete Antwort auf Fragen des richtigen Handelns gegeben werden kann[9]. Gäbe es keine praktische Vernunft, so müßte an dieser Stelle jede weitere Untersuchung von Gerechtigkeitsfragen mit einer moralischen Bankrotterklärung abgebrochen werden. Diese Konsequenz hat die Philosophie tatsächlich einige Zeit gezogen. Nach einer Phase des Niedergangs ist – nach einigen Vorläufern[10] – erst seit 1971 mit der Publikation der Theorie der Gerechtigkeit von *Rawls* eine breit wirkende Renaissance der politischen Philosophie und der Grundlegungsbemühungen über praktische Vernunft eingetreten[11]. Unter den seitdem entwickelten Theorien sind die *prozeduralen* Theorien praktischer Vernunft die aussichtsreichsten Kandidaten, die grundlegende Frage nach Gerechtigkeit befriedigend zu beantworten. Sie erklären,

---

5 Dafür etwa *G. Patzig,* Grußwort zum Wieacker Symposion (1989), S. 12: »Begriff der praktischen Vernunft oder, wie man heute sagt, der Handlungsrationalität«. Ebenso *D. Buchwald,* Der Begriff der rationalen juristischen Begründung (1990), S. 147 ff. Zur besseren Betonung des etwas anderen Wortgebrauchs im anglo-amerikanischen Literaturraum wird hier Rationalität (*rationality*) im Sinne von Zweckrationalität gebraucht, also *nicht* synonym mit praktischer Vernunft insgesamt (*reason*), sondern nur mit deren *pragmatischem Gebrauch.* Zu dieser Differenzierung vgl. *J.R. Lucas,* On Justice (1980), S. 37; *A.L. Stinchcombe,* Reason and Rationality (1986), S. 253 ff. – beide anglo-amerikanisch (*rationality/reason*); sowie *G. Kirchgässner,* Homo oeconomicus (1991), S. 178 ff. – deutsch (rationales Verhalten/vernünftiges Handeln). Ansatzweise bereits bei *I. Kant,* KrV (1781), A 800 / B 828 – pragmatisches Verhalten/praktische Vernunft; *ders.,* ebd., A 806 / B 834: »Das praktische Gesetz aus dem Bewegungsgrunde der *Glückseligkeit* nenne ich pragmatisch (Klugheitsregel); dasjenige aber, wofern ein solches ist, das zum Bewegungsgrunde nichts anderes hat, als die *Würdigkeit, glücklich zu werden,* moralisch (Sittengesetz).« (Hervorhebungen bei *Kant*). Vgl. unten S. 92 (pragmatischer Gebrauch der praktischen Vernunft).

6 Die Unterscheidung von theoretischen und praktischen Disziplinen geht auf die aristotelische Philosophie zurück. *Aristoteles* stellte der seinsorientierten theoretischen Philosophie (Logik, Physik, Mathematik, Metaphysik) die handlungsorientierten Disziplinen der praktischen Philosophie (Ethik, Ökonomie, Politik) gegenüber. Vgl. zur Analyse *A. Pieper,* Ethik (1991), S. 24 f.; *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 30 ff. Die Terminologie findet ihre Fortsetzung im Begriffspaar Wahrheit/Richtigkeit. Bei begründeten Aussagen im Bereich theoretischer Fragen spricht man von Wahrheit, im Bereich praktischer Fragen dagegen von Richtigkeit; *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 5 f., 17.

7 Vgl. (m.w.N.) *R.A. Posner,* Problems of Jurisprudence (1990), S. 71 ff. (71): »[P]ractical reason ... is most often used to denote the methods ('deliberation' and 'practical syllogism' are the key expressions here) that people use to make a practical or ethical choice«.

8 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 242.

9 So z.B. *O. Weinberger,* Der Streit um die praktische Vernunft (1992), S. 315 ff. – 'Gibt es praktische Vernunft' und 'Der Traum von der praktischen Erkenntnis'. Nach Ansicht *Weinbergers* ist praktische Vernunft in dem Sinne, daß sie Methoden für das Auffinden des moralisch Richtigen bietet, unmöglich. Vgl. unten S. 143 ff. (Vernunftskepsis der Theorien der nietzscheanischen Grundposition).

10 Vgl. vor allem *R.M. Hare,* Freedom and Reason (1963).

11 Vgl. oben S. 25, Fn. 17 (Niedergang und Renaissance der politischen Philosophie).

was praktische Vernunft ist und wie wir sie auf praktische Fragen anwenden können[12].

Es gibt ganz unterschiedliche Konzeptionen praktischer Vernunft. Das läßt sich an der einfachen Frage zeigen, ob man dem Bettler Geld geben sollte. Wer praktische Vernunft für unmöglich hält, wird sich die Frage gar nicht erst stellen: Für den Skeptiker genügt es, wenn er aus der Laune des Augenblicks handelt. Der Handlungsutilitarist müßte sich fragen, ob das Gemeinwohl insgesamt durch die Hingabe des Geldes gesteigert werden kann, ob also der Gewinn aus Sicht des Bettlers größeres Glück bedeutet als der eigene Verlust Leid bringt (*act utilitarianism*). Der Regelutilitarist handelt danach, ob die moralische 'Bettlerregel' des Inhalts 'Gib Bettlern gelegentlich Geld!' auf lange Sicht für alle vorteilhaft ist (*rule utilitarianism*). Ein Kantianer müßte fragen, ob die Bettlerregel als allgemeines Gesetz aus autonomen Gründen gewollt sein kann. Der Diskurstheoretiker prüft, ob über eine solche Norm in einem allgemeinen praktischen Diskurs Konsens hergestellt werden könnte. Ein Kommunitarist handelt danach, ob es der Tradition in der jeweiligen Gemeinschaft entspricht, Bettler in dieser Weise zu unterstützen. Und wer die praktische Vernunft aus Sicht eines unparteiischen Beobachters bestimmen will, müßte fragen, welches Handeln bei einer unvoreingenommenen Außenperspektive wohl richtig wäre. Jede dieser Explikationen der praktischen Vernunft führt zu unterschiedlichen Moraltheorien und damit auch zu unterschiedlichen Gerechtigkeitstheorien. Solche Explikationsunterschiede sind selbst dann wichtig, wenn die Theorien in Einzelfragen der Gerechtigkeit im Ergebnis übereinstimmen sollten, also beispielsweise Utilitaristen, Kantianer, Diskurstheoretiker und Kommunitaristen je aus ihrer Perspektive zu dem Entschluß gelangen, dem Bettler gelegentlich Geld geben zu müssen. Denn die Konzeption praktischer Vernunft enthält die Gründe des Handelns und damit die Grundsätze zur Lösung aller neu auftretenden Gerechtigkeitsfragen.

Gerechtigkeit ist Teil der Moral, doch sie ist nicht identisch mit Moral. Das wird im einzelnen bei der Analyse des Gerechtigkeitsbegriffs deutlich werden[13]. Zur einfachen Unterscheidung sei hier nur soviel vorweggenommen: Gerechtigkeit muß immer einen *Sozialbezug* haben. Wer sich als Eremit in der Wüste oder als Schiffbrüchiger auf einer Insel die Frage nach richtigem Handeln stellt, mag zwar auf der Suche nach Moral sein – Gerechtigkeitsfragen stellen sich indes nicht.

B. Gibt es einen analytischen Gerechtigkeitsgehalt des Rechts?

Die Bedeutung der Gerechtigkeit für das Recht wäre evident, wenn es einen begrifflich notwendigen moralischen Mindestgehalt des Rechts gäbe, also einen *analytischen Gerechtigkeitsgehalt* in dem Sinne, daß bestimmte Inhalte gefordert sind, bevor über-

---

12 Vgl. *R. Alexy,* Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems (1991), S. 30; *ders.,* Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft (1993), S. 114 ff. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 9 ff. bezeichnet das Unterfangen, inhaltliche moralische Aussagen aus einem gedanklichen Verfahren abzuleiten, d.h. Inhalt aus Form zu gewinnen, als das Charakteristikum prozeduraler Theorien.

13 Dazu unten S. 45 ff. (Begriff der Gerechtigkeit).

haupt von 'Recht' die Rede sein kann[14]. Der Begriff des Rechts[15] ist indes umstritten, wobei die Frage des moralischen Mindestgehalts plakativ unter dem Titel 'Naturrechtslehre versus Rechtspositivismus' verhandelt wird[16]. Allgemeine Aussagen zu dieser Debatte sind vor allem deshalb schwierig, weil sehr unterschiedliche Spielarten des Rechtspositivismus entwickelt wurden[17]. Nach der Trennungsthese, die für rechtspositivistische Theorien charakteristisch ist[18], gibt es keinen begriffsnotwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral: jeder beliebige Inhalt kann gelten-

---

14 So im voraufklärerischen, naturrechtlichen Rechts- und Gerechtigkeitsverständnis, etwa bei *G.W. Leibniz,* Méditation sur la notion commune de la justice (ca. 1674), S. 667: »Recht kann nicht ungerecht sein – das wäre ein Widerspruch – aber das Gesetz kann es sein.« Ähnlich noch *G. Jellinek,* Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe (1878), S. 42: »Das Recht ist nichts Anderes, als das *ethische Minimum.* Objectiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjectiv ist es das Minimum sittlicher Lebensbethätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsgliedern gefordert wird.« (Hervorhebung bei *Jellinek*).

15 Vgl. aus der umfangreichen Literatur zum Begriff des Rechts die Bestimmungsversuche bei *H.L.A. Hart,* Positivism and the Separation of Law and Morals (1958), S. 622 ff. – notwendiger moralischer Mindestgehalt; *ders.,* Concept of Law (1961) – rechtspositivistische Bestimmung, allerdings mit Ausnahmen auf S. 189 ff. (*minimum content of natural law*) sowie S. 202 (*rules must be intelligible and, in general, not retrospective*); *L.L. Fuller,* Morality of Law (1964), S. 95 ff., 152 ff. (*internal morality of law*); *F. Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), S. 177 ff., 317 ff. (»wertbezogener« Rechtsbegriff); *R. Dreier,* Der Begriff des Rechts (1984), S. 95 ff.; *R. Alexy,* Begriff und Geltung des Rechts (1992), S. 18 ff., 31 ff. (beide zur nichtpositivistischen Bestimmung des Rechtsbegriffs). Nachweise zur späteren Diskussion bei *M. Kaufmann,* Rechtsphilosophie (1996), S. 199 ff.; *A. Engländer,* Zur begrifflichen Möglichkeit des Rechtspositivismus (1997), S. 437 ff. Klassikertexte zum Begriff des Rechts finden sich versammelt bei *W. Maihofer,* Begriff und Wesen des Rechts (1973).

16 Aus der Literatur etwa *H.L.A. Hart,* Positivism and the Separation of Law and Morals (1958), S. 601 (*ambiguous use of »positivism«*); *ders.,* Concept of Law (1961), S. 181 ff. (*natural law and legal positivism*); *F. Wieacker,* Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion (1965), S. 1 ff.; *R. Alexy,* Begriff und Geltung des Rechts (1992), S. 18 ff. (praktische Bedeutung des Streits um den Rechtspositivismus); *J. Renzikowski,* Naturrechtslehre versus Rechtspositivismus – ein Streit um Worte? (1995), S. 335 ff.; *M. Kaufmann,* Rechtsphilosophie (1996), S. 30 ff., 138 ff. Vgl. auch unten S. 89 (Naturrechtslehren).

17 Zur Bandbreite rechtspositivistischer Theorien mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung und unterschiedlichen, teils sogar widersprüchlichen Einzelaussagen zählen *J.L. Austins* Imperativentheorie, *H. Kelsens* Reine Rechtslehre, *H.L.A. Harts* analytische Rechtstheorie und auch *N. Luhmanns* systemtheoretischer Prozeduralismus. Bei einer Entgegensetzung von Rechtspositivismus und Naturrechtslehre ist in aller Regel ein Rechtspositivismus gemeint, der gleichzeitig die starke These des metaethischen Nonkognitivismus vertritt, also behauptet, daß in Fragen der Moral keine Erkenntnis möglich ist. Das kann z.B. für *H.L.A. Hart* verneint werden und ist selbst bei *H. Kelsen* nicht eindeutig festzustellen, da ein Skeptizismus im engeren Sinne nicht notwendig Nonkognitivismus bedeutet. Statt eine pauschale Entgegensetzung zum Rechtspositivismus zu versuchen, ist es deshalb treffender, der Naturrechtslehre den moralischen Skeptizismus gegenüberzustellen; dazu unten S. 82 (nietzscheanische Grundposition).

18 Exemplarisch *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 360: »In dieser Unabhängigkeit der Geltung des positiven Rechts von seinem Verhältnis zu einer Gerechtigkeitsnorm liegt der wesentliche Unterschied zwischen Naturrechtslehre und Rechtspositivismus.« Zu anderen, teils weitergehenden rechtspositivistischen Kernthesen (Imperativentheorie, Nonkognitivismus) vgl. *H.L.A. Hart,* Positivism and the Separation of Law and Morals (1958), S. 593 ff. sowie die Analyse von fünf positivistischen Grundthesen bei *W. Kersting,* Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes (1998), S. 358 f.

des positives Recht sein[19]. Die Gegenthese wurde in ihrer wirkmächtigsten Form in Reaktion auf die historische Erfahrung des Nationalsozialismus in der 'Radbruchschen Formel' geprägt[20] und erlebte mit den 'Mauerschützenprozessen' eine unerwartete Renaissance[21]. Folgt man dieser Formel, dann sind »Gerichte so unabweisbar mit dem Gerechtigkeitsbezug des Rechts konfrontiert, daß dessen Ausklammerung gleichbedeutend mit einer Verfehlung ihrer Aufgabe wäre«[22].

Doch die Annahme eines moralischen Mindestgehalts des Rechts ist gar nicht nötig, um die Bedeutung der Gerechtigkeit für das Recht zu belegen. Allzu leicht wird übersehen, daß die gegensätzlichen Positionen zum Begriff des Rechts in ihren praktischen Konsequenzen nicht sehr weit auseinanderliegen. Selbst wenn man mit der rechtspositivistischen Trennungsthese einen notwendigen moralischen Mindestgehalt des Rechts ablehnt, verbleiben noch Bereiche, in denen Gerechtigkeitsfragen für die Rechtspraxis Bedeutung erlangen (*normativer Gerechtigkeitsgehalt*)[23]. Die Trennungsthese fordert nur eine moralunabhängige Bestimmung des Rechtsbegriffs, nicht aber den Verzicht auf jede Kritik am geltenden Recht im Namen der Gerechtigkeit[24]. Sie schließt auch nicht aus, daß sich im Rechtssystem moralische Vorstellungen verwirklichen[25]. Umgekehrt sprechen selbst Naturrechtslehren – abgesehen von den seltenen Grenzfällen, die in der Radbruchschen Formel konkretisiert sind – einer ungerechten 'Rechts'-Norm nicht automatisch ihre Rechtsqualität und ihren Gel-

---

19 Vgl. *H. Kelsen,* Reine Rechtslehre (1960), S. 51: »Eine Rechtsordnung mag vom Standpunkt einer bestimmten Gerechtigkeitsnorm aus als ungerecht beurteilt werden. Aber die Tatsache, daß der Inhalt einer wirksamen Zwangsordnung als ungerecht beurteilt werden kann, ist jedenfalls kein Grund, diese Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung gelten zu lassen.«

20 *G. Radbruch,* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), S. 345: »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unterträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat«. Dem ist die deutsche Nachkriegsjudikatur gefolgt, etwa BVerfGE 23, 98 (98): »Nationalsozialistischen 'Rechts'vorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde.«

21 Zu Notwendigkeit und Grenzen der Radbruchschen Formel siehe einerseits *R. Alexy,* Begriff und Geltung des Rechts (1992), S. 15 ff., 52 ff., 201 (Bedeutung für den Rechtsbegriff); *ders.,* Mauerschützen (1993), S. 3 ff. und andererseits *H. Dreier,* Gustav Radbruch und die Mauerschützen (1997), 422 ff., 428 ff. (Entbehrlichkeit der Formel), beide m.w.N.

22 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 123.

23 Vgl. *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 34, 37: Würde die Trennungsthese besagen, daß sich in einem Rechtssystem keine moralischen Vorstellungen auswirken, so wäre sie empirisch falsch. Der Rechtspositivismus stellt sich dem Programm einer staats- und rechtsethischen Legitimationstheorie keinesfalls entgegen. Im Ergebnis ähnlich *P. Koller,* Zur Verträglichkeit von Rechtspositivismus und Naturrecht (1983), S. 355 ff. – Dazu sogleich S. 32 ff.

24 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 165.

25 So ausdrücklich *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 14, der deshalb vorschlägt, die Trennungsthese umzutaufen in die »These von der begrifflichen Unabhängigkeit des Rechts von der Gerechtigkeit«.

tungsanspruch ab: Rechtsgehorsam ist in aller Regel auch gegenüber ungerechtem Recht geschuldet[26].

Der Streit um den Rechtsbegriff zeigt sich damit als wenig geeignet, die Bedeutung der Gerechtigkeit für das Recht vollständig zu erfassen. Die Leitfrage dieser Untersuchung *»Wie kann Recht gerecht sein?«* soll deshalb im folgenden nicht auf den Grundlagenstreit zum moralischen Mindestgehalt des Rechts konzentriert werden (*analytischer Gerechtigkeitsgehalt*); vielmehr gilt das Hauptaugenmerk dem normativen Gerechtigkeitsgehalt des Rechts.

C. Der normative Gerechtigkeitsgehalt des Rechts

In der Rechtspraxis konkreter positiver Rechtsordnungen zeigt sich ein *tatsächliches* und *regelmäßiges* Bedürfnis, Entscheidungen damit zu begründen, daß sie geschriebenen oder ungeschriebenen Gerechtigkeitsnormen entsprechen (*normativer Gerechtigkeitsgehalt*). Vereinfacht ausgedrückt: Recht mag nicht immer gerecht sein, aber es *soll* immer gerecht sein[27]. Die Frage nach *richtigem Recht* ist gleichbedeutend mit der Frage nach *Gerechtigkeit im Recht*[28]. Man muß deshalb nicht erst »für eine Versöhnung zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre eintreten«[29], um die Bedeu-

---

[26] Vgl. *G. Radbruch,* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), S. 345 – Das positive Recht habe grundsätzlich »auch dann den Vorrang ..., wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist«; ähnlich bereits die naturrechtliche Konzeption von *T. Hobbes,* Leviathan (1651), Kapitel 21: »[N]othing the Soveraign Representative can doe to a Subject, on what pretence soever, can properly be called Injustice, or Injury; because every Subject is Author of every act the Soveraign doth; ... The Obligation of the Subject to the Sovereign, is understood to last as long, and no longer, than the power lasteth, by which he is able to protect them.« Zur Möglichkeit ungerechten aber gleichwohl gültigen Rechts trotz naturrechtlicher Konzeption vgl. auch *H. Haug,* Die Schranken der Verfassungsrevision (1946), S. 63 ff. (66, 231 f.).

[27] Ebenso *A. Kaufmann,* Theorie der Gerechtigkeit (1984), S. 9: »zumindest Bewertungsmaßstab muß die Gerechtigkeit sein, will man nicht einem unfruchtbaren Skeptizismus verfallen«. Insoweit übereinstimmend sogar *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 402: »Gerechtigkeit schreibt vor, wie das Recht ... inhaltlich gestaltet werden soll«.

[28] Insoweit besteht breite Übereinstimmung, wenn auch im Einzelfall mit unterschiedlicher Bedeutungszuweisung; vgl. *M. Rümelin,* Die Gerechtigkeit (1920), S. 50 (»[Ein] Gerechtigkeitsbegriff, der das Gerechte faßt als das, was ... dem richtigen Recht entspricht.«); *G. Radbruch,* Rechtsphilosophie (1973), S. 346 (»Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.«); *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 7 (Entsprechung des positiven Rechts zu ethischen Forderungen); *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 5, 7 (Gleichsetzung von 'richtigem Recht' mit dem Begriff der Gerechtigkeit); *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 95 (Gerechtigkeit sei die Frage der 'materialen Richtigkeit des Rechts'); *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 402 (»Gerechtigkeit schreibt vor, wie das Recht ... inhaltlich gestaltet werden soll.«); *T. Mayer-Maly,* Rechtswissenschaft (1988), S. 103 (»Geht es dagegen um Rechtskritik, so wird eine Gerechtigkeitslehre unentbehrlich.«); *W. Leisner,* Der Abwägungsstaat (1997), S. 42 (Annäherung an Gerechtigkeit als einem »verschleierten Ideal allen Rechts«). Mit anderem Gerechtigkeitsbegriff hingegen *K. Engisch,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit (1971), S. 186: »Exakt ausgedrückt ist also die Gerechtigkeit eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung der Richtigkeit rechtlicher Anordnungen (Normen, Urteile, Verwaltungsakte).«

[29] So z.B. *J. Renzikowski,* Naturrechtslehre versus Rechtspositivismus – ein Streit um Worte? (1995), S. 346 m.w.N.

tung der Gerechtigkeit für das Recht aufzuzeigen. Es gibt mindestens drei Gründe, aus denen Gerechtigkeitsfragen im Recht relevant werden können[30]: den Legitimationsbedarf der Rechtsordnung insgesamt (I), den Orientierungsbedarf interpretierender Rechtsanwendung (II) und den Umsetzungsbedarf rechtlich festgelegter Gerechtigkeitsvorstellungen (III). Solche Gründe illustrieren die Bedeutung, die Gerechtigkeitsfragen im positiven Recht tatsächlich und regelmäßig zukommt. Dieser Befund führt zu der Frage, ob der dadurch umrissene normative Gerechtigkeitsgehalt des Rechts bloß *kontingent*, oder ob er *notwendig* ist (IV).

I. Rechtfertigung der Rechtsordnung (Legitimationsbedarf)

Eine Rechtsordnung braucht mehr als die bloße tatsächliche Anerkennung ihrer Geltungsansprüche durch verbreiteten Rechtsgehorsam. Sie ist eine Zwangsordnung und bedarf, um auf Dauer bestehen zu können, der Legitimation. Legitimation bedeutet, daß sich unabhängig von historisch kontingenten Überzeugungen *gute Gründe* dafür finden lassen, die Ordnung der Gesellschaft rechtlich so und nicht anders zu gestalten[31]. Herrschaft muß auf praktischer Erkenntnis, nicht auf einem bloßen Bekenntnis beruhen. Um einen solchen Legitimationsbedarf der Rechtsordnung festzustellen, müssen keine vorgesellschaftlichen Menschenrechte beschworen werden. Schon die erfolgreiche Selbsterhaltung der Rechtsordnung als Zwangsordnung macht ihre Legitimation erforderlich. Denn Zwang besteht dauerhaft nur dort, wo Gründe gelten, die Gehorsam immer neu hervorzubringen geeignet sind, wo also Rechtsgehorsam durch freiwillige Einsicht in die Notwendigkeit erzeugt wird.

Juristen verweisen zur Legitimation ihrer Entscheidungen in der Regel auf höherrangige Rechtsnormen. Das ist sinnvoll, um die Komplexität in der alltäglichen Rechtsfindung zu reduzieren. Es entbindet aber nicht von der Pflicht, gute Gründe auch für die Geltung höchster Rechtsnormen (verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen) geben zu können[32]. Warum sind Gleichheit, Freiheit und Eigentum so und nicht anders Bestandteil der Verfassung? Gerade die Verfassungsrechtsprechung ist dieser Legitimationsproblematik ausgesetzt. Zumindest in modernen Staaten wird die Legitimation zur Rechtsfrage[33].

Prozedurale Gerechtigkeitstheorien antworten auf die mit dem Legitimationsbedarf aufgeworfene Begründungslast mit mehr als einem politischen Bekenntnis zum Ergebnis. Sie stützen den Gerechtigkeitsanspruch der Gesellschaftsordnung auf möglichst schwache materiale Grundannahmen kombiniert mit möglichst starken

---

[30] Die Gründe sind nicht abschließend gemeint; umfassender etwa *D. v.d. Pfordten,* Rechtsethik (1996), S. 210 ff. – insgesamt sechs 'mögliche Relationstypen' zwischen Recht und Moral.

[31] Zu diesem Legitimationsbegriff im Gegensatz zu dem (vielfach kritisierten) reduzierten Legitimationsbegriff von *Luhmann* siehe unten S. 148 ff. (Theorie der sozialen Systeme).

[32] *H. Hofmann,* Legitimität und Rechtsgeltung (1977), S. 11: Legitimation verlange »die Rechtfertigung staatlicher Hoheitsakte und darüber hinaus die Rechtfertigung der staatlichen Herrschaftsordnung im ganzen aus einem einzigen, letzten und – jedenfalls dem Anspruch nach – allgemeinverbindlichen Prinzip.«

[33] *H. Hofmann,* Legitimität und Rechtsgeltung (1977), S. 13, 18. Vgl. zur spezifischen Legitimationsbedürftigkeit moderner Rechtsordnungen *M. Morlok,* Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? (1988), S. 124 ff. – »Gewißheitsverluste«.

prozeduralen Konzeptionen praktischer Vernunft. Damit liefern sie gute Gründe für Demokratie, Menschenrechte und andere Elemente moderner Gesellschaftsordnungen und tragen so wesentlich zu deren Legitimation bei.

II. Interpretierende Rechtsanwendung (Orientierungsbedarf)

Der Orientierungsbedarf interpretierender Rechtsanwendung läßt sich an einem Fallbeispiel zur Umverteilungsproblematik deutlich machen: Darf der Gesetzgeber einer Gesellschaftsgruppe (Arbeitgeber) eine Geldleistungspflicht auferlegen, mit der die Berufsausbildung einer anderen Gesellschaftsgruppe (ausbildungssuchende Jugendliche) gefördert wird[34]? Solche und ähnliche Konstellationen, bei denen eine soziale Gruppe zugunsten einer anderen belastet wird, gehören zum Kernbereich der Gerechtigkeitsproblematik. Sie betreffen gesamtgesellschaftliche Verteilungsgerechtigkeit, genauer: die *soziale* Gerechtigkeit[35], und werfen regelmäßig die Frage auf, inwieweit Umverteilungen zulässig sind[36]. Wenn es an einer ausdrücklichen Verfassungsbestimmung über die Zulässigkeit einer solchen Abgabe fehlt, kommt es bei der Entscheidung auf Verfassungsinterpretation an. Diese wiederum greift explizit oder implizit auf Vorstellungen davon zurück, welche Ordnungsvorstellung dem Verfassunggeber als Leitbild zugrunde lag[37]. Solche vorpositiven Leitbilder finden sich in Gerechtigkeitstheorien. Ginge man etwa von einem libertären Sozialvertragsmodell aus, so wäre jede Umverteilung ausgeschlossen. Eine an diesem Leitbild orientierte Verfassungsinterpretation zöge dem Gesetzgeber enge Grenzen und müßte die im Beispiel angesprochene Sonderabgabe als unzulässig verwerfen. Ist das Leitbild hingegen ein egalitäres Sozialvertragsmodell, so sind Umverteilungen durch den Gesetzgeber geradezu gefordert. Entsprechend würde die Verfassungsinterpretation zur Anerkennung einer weitgehenden Zulässigkeit von Abgaben tendieren[38]. Die Rechtsprechung befriedigt ihren Orientierungsbedarf unter ande-

---

34 Vgl. aus der deutschen Verfassungsjudikatur: BVerfGE 55, 274 – Berufsbildungsabgabe. Sonderabgaben sind Geldleistungspflichten, die einem begrenzten Personenkreis im Hinblick auf einen besonderen wirtschaftlichen oder sozialen Zusammenhang auferlegt werden.

35 Vgl. unten S. 58 (Verteilungsgerechtigkeit, soziale Gerechtigkeit).

36 In vergleichbarer Weise problematisch sind etwa die progressive Besteuerung, die Sozialbindung des Eigentums, Schutzpflichten des Staates und das Sozialstaatsprinzip.

37 *H. Dreier,* Ethik des Rechts (1992), S. 40 f.; *ders.,* Rechtsethik und staatliche Legitimität (1993), S. 389 – Verfassungsinterpretation als »Akt praktisch wirksamer rechtsphilosophischer Anstrengung«; *D. v.d. Pfordten,* Rechtsethik (1996), S. 218 f. – Verfassungsnormen als 'evaluative Vorgaben'. Vgl. zum tatsächlichen Moralbezug des positiven Rechts: *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 181: »Thus, it cannot seriously be disputet that the development of law, at all times and places, has in fact been profoundly influenced both by the conventional morality and ideals of particular social groups, and also by forms of enlightened moral criticism urged by individuals, whose moral horizon has transcended the morality currently accepted.«

38 Im zitierten Fall hat das Bundesverfassungsgericht einen Mittelweg gewählt. Der Gesetzgeber dürfe zwar aus Gründen des Individualschutzes nicht 'nach seiner Wahl' eine öffentliche Aufgabe durch parafiskalische Sonderabgaben finanzieren, habe dazu aber innerhalb enger Grenzen (homogene Gruppe, Sachnähe, gruppennützige Verwendung, Ausnahmecharakter) Kompetenz. Siehe BVerfGE 55, 274 (300 ff.). Die Senatsmehrheit hielt diese Grenzen für eingehalten (BVerfGE 55, 274 [274 f.]), während die Richter *Rinck, Steinberger* und *Träger* in ihrem Sondervotum (BVerfGE

rem aus vorpositiven Leitbildern, wie sie durch Gerechtigkeitstheorien beschrieben und begründet werden. Wenn dieser Rückgriff auf konkret begründete Gerechtigkeitskonzepte statt auf diffuse 'Menschenbilder' gerichtet ist, leistet die Gerechtigkeitstheorie mittelbar einen Beitrag zu Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und damit letztlich zur Richtigkeit der Rechtsanwendung[39].

III. Konkretisierende Rechtsanwendung (Umsetzungsbedarf)

Ein Umsetzungsbedarf besteht, wo immer Gerechtigkeitsvorstellungen rechtlich verbindlich gemacht, das heißt als »geronnene Moral«[40] vom Normgeber in abstrakt-generelle Rechtssätze gegossen wurden[41]. Insbesondere die abwägende und ausgleichende Einzelfallgerechtigkeit, die Billigkeit[42], »ist nach modernen Rechtsordnungen für den Richter in vielen Fällen Richtschnur und Leitbild.«[43] Moralgehalte im positiven Recht sind dabei keinesfalls immer unproblematisch, lassen sich erstens nur in Grenzen überhaupt kodifizieren[44] und bergen zweitens Gefahren, wie ein moralisierendes Strafrecht bis in die jüngste Vergangenheit in vielen Staaten hinlänglich gezeigt hat[45]. Doch solche Gefahren können nicht dazu führen, das positive Recht seines gesetzgeberisch gewollten Gerechtigkeitskontextes gänzlich zu berauben[46]. Juristen müssen die im Recht kodifizierten, materialen und prozeduralen Gerechtigkeitsvorstellungen durch Interpretation herausarbeiten und diejenigen Verfahrensbedingungen formulieren, deren Einhaltung erforderlich ist, um rechtlich festgelegte Gerechtigkeitskonzeptionen in der normkonkretisierenden Rechtsanwendung effektiv zu verwirklichen. *Materielle* Gehalte kodifizierter Gerechtigkeit finden

---

55, 274 [329 f.]) von einer nicht mehr gruppennützigen Verwendung ausgingen und die Gesetzgebungskompetenz aus allgemeinen Kompetenznormen verneinten.

39 Vgl. beispielsweise die Kritik an unspezifischen Menschenbildformeln in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts bei *H. Dreier,* Artikel 1 I GG (1996), Rn. 99 m.w.N.

40 *H. Dreier,* Ethik des Rechts (1992), S. 28 f.; *ders.,* Gesellschaft, Recht, Moral (1993), S. 249 f.

41 *R. Dworkin,* Taking Rights Seriously (1977), S. 185: »The [U.S.-]Constitution fuses legal and moral issues, by making the validity of a law depend on the answer to complex moral problems, like the problem of whether a particular statute respects the inherent equality of all men.«; *D. v.d. Pfordten,* Rechtsethik (1996), S. 211 – »*intentional-inkorporierende Beziehung* zwischen Recht und Moral« (Hervorhebung bei *v.d. Pfordten*). Vgl. *N. Luhmann,* Recht der Gesellschaft (1993), S. 216 f.: »Wir hatten durchaus anerkannt, daß im Rechtssystem Moralnormen zitiert und damit juridifiziert werden; ... das Rechtssystem [muß] nicht auf die Idee der Gerechtigkeit verzichten.«

42 Dazu unten S. 63 (engere Gerechtigkeitsbegriffe).

43 *G. Wesner,* Aequitas naturalis, 'natürliche Billigkeit', in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte (1996), S. 105; kritisch gegenüber solchem »Einzelfall-Recht« *W. Leisner,* Der Abwägungsstaat (1997), S. 230 ff.

44 Vgl. dazu *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 75: »Eine Moralisierung des Verfassungsrechts müßte sehr schnell an die Grenze der Konsensfähigkeit und Institutionalisierbarkeit von Werten stoßen.«

45 Vgl. dazu *T. Geiger,* Über Moral und Recht (1979), S. 189 ff. – Plädoyer gegen ein Strafrecht, das 'moralisch infiziert' ist.

46 A.A. offenbar *T. Geiger,* Über Moral und Recht (1979), S. 182 ff.: »Das Recht hat nichts mit Moral zu tun« – mit den dort angeführten Beispielen läßt sich der gesetzgeberisch gewollte Gerechtigkeitskontext indes nicht widerlegen.

sich unmittelbar vor allem in verfassungsrechtlichen Gleichheitssätzen[47], die teils sogar mit Gerechtigkeit gleichgesetzt oder jedenfalls unter Bezug auf Gerechtigkeitskonzeptionen konkretisiert werden[48]. Sie finden sich darüber hinaus mittelbar in anderen Grundrechten mit Prinzipiencharakter, da deren Geltung ein gegenüber der Moral offenes System bildet, in dem sich die notwendige Abwägung letztlich auf Fragen der Gerechtigkeit bezieht[49]. Gerechtigkeitsgehalte lassen sich nicht nur im Verfassungsrecht[50], sondern auch im einfachen Gesetzesrecht durch eine Analyse der Dogmen- und Kodifikationsgeschichte bis hin in ihre naturrechtlichen Wurzeln nachweisen[51]. Jenseits der materiellen finden sich *prozedurale* Gehalte kodifizierter Gerechtigkeit in aller Regel im Prozeßrecht und in den Verfahrensgrundrechten sowie als objektivrechtlicher Verfahrensgehalt von Grundrechten[52].

Mit Bezug auf den Umsetzungsbedarf, der durch diese Gehalte kodifizierter Gerechtigkeit entsteht, formulieren prozedurale Gerechtigkeitstheorien in ihrer Form als Gerechtigkeitserzeugungstheorien die Verfahrensbedingungen, unter denen die konkret gewonnenen Rechtsnormen gerecht sind und so dem Handlungsauftrag des Satzung-, Verordnung-, Gesetz- oder Verfassunggebers entsprechen[53]. So kann man die Theorie des demokratischen Verfassungsstaates insgesamt als Ausdruck einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie begreifen, weil sie die Bedingungen festlegt, unter denen Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren die größtmögliche Gewähr gegen Ungerechtigkeit bieten[54].

---

47 Vgl. aus der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik zum Gleichheitssatz des Art. 3 I GG: *G. Robbers,* Gerechtigkeit als Rechtsprinzip (1980), S. 87 ff. (Gerechtigkeit als Bestimmung des allgemeinen Gleichheitssatzes), S. 93 ff. (Analyse der Rechtsprechung); *E.-W. Böckenförde,* Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1989), S. 95: »Wenn der Gleichheitssatz nicht nur Rechtsanwendungsgleichheit, sondern auch Rechtssetzungsgleichheit ... ist, dann erhält er m.E. unausweichlich einen Gerechtigkeitsauftrag und damit auch eine Gerechtigkeitsfunktion.« Gegen den Rückgriff auf Gerechtigkeitsprinzipien etwa *C. Starck,* Die Anwendung des Gleichheitssatzes (1982), S. 62 f.

48 Gleichsetzung etwa bei *W. Henke,* Juristische Systematik der Grundrechte (1984), S. 5: »Der Anspruch auf Gleichbehandlung richtet sich ... auf proportionale Gleichheit, ... eigentlich also auf Gerechtigkeit (suum cuique).« Konkretisierung etwa bei *P. Kirchhof,* Objektivität und Willkür (1989), S. 85 f. Zum Gerechtigkeitsgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 29 ff., 195 ff.; *F. Bydlinski,* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab (1996), S. 110 ff.

49 *R. Alexy,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 494; zum Prinzipienmodell außerdem *J. Esser,* Grundsatz und Norm (1956), S. 69 ff.; *R. Dworkin,* Taking Rights Seriously (1977), S. 14 ff., 46 ff.; *ders.,* Law's Empire (1986), S. 179 ff., 221 ff.; *F. Bydlinski,* Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988), *passim; J.-R. Sieckmann,* Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems (1990), *passim*; *M. Borowski,* Grundrechte als Prinzipien (1998), S. 61 ff.

50 Dazu *M. Morlok,* Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? (1988), S. 91 ff. – »Verfassung als Gerechtigkeitsreserve«; *W. Brugger,* Gesetz, Recht, Gerechtigkeit (1989), S. 7 – Gerechtigkeitsgrundsätze als »materiale Verfassungssubstanz«.

51 *G. Wesner,* Aequitas naturalis, 'natürliche Billigkeit', in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte (1996), S. 81 ff. m.w.N.

52 Am Beispiel der deutschen Rechtsordnung *H. Goerlich,* Grundrechte als Verfahrensgarantien (1981), S. 57 ff.

53 Zu Gerechtigkeitserzeugungstheorien *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 113 ff.; vgl. unten S. 88 ff.

54 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 113.

IV. Zum notwendigen Anspruch des Rechts auf Richtigkeit

Mit alledem ist illustriert, daß *tatsächlich* und *regelmäßig* ein normativer Gerechtigkeitsgehalt im positiven Recht nachweisbar ist, der es erlaubt, die Frage nach der moralfreien (rechtspositivistischen) oder moralabhängigen (naturrechtlichen) Konzeptualisierung des Rechtsbegriffs hier offen zu lassen: für Juristen bildet nicht erst die analytische, sondern bereits die normative Gerechtigkeitsdimension des Rechts einen hinreichenden Grund, Gerechtigkeitsfragen zu studieren. Doch läßt diese Feststellung bisher offen, ob Gerechtigkeit bloß *kontingent,* oder ob sie *notwendig* vom Recht gefordert wird. Bloß kontingent wäre sie, wenn ein Rechtssystem auf jeden Gerechtigkeitsbezug verzichten und gleichwohl weiter 'Recht' genannt werden könnte.

In dieser Frage läßt sich die Brücke zwischen Recht und Gerechtigkeit weiter verstärken, ohne in den Streit zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus zu verfallen. Denn das Recht erhebt nicht bloß kontingent, sondern *notwendig* einen *Anspruch auf Richtigkeit:* der Begriff des Rechts kann ohne einen wie auch immer gearteten Bezug zur Richtigkeit nicht bestimmt werden[55]. Dieser implizite Richtigkeitsanspruch ist *inhaltsoffen* und kann deshalb selbst von denjenigen anerkannt werden, die einen begrifflich notwendigen, inhaltlichen Zusammenhang zwischen Recht und Moral bestreiten. Der Richtigkeitsanspruch ist inhaltsoffen, weil der Begriff des Rechts noch keine universelle Begründbarkeitsbehauptung impliziert, sondern nur (aber auch immerhin) eine solche *aus Sicht des Rechts.* Wer als Akteur des Rechts, etwa als Richter oder Gesetzgeber, erstens die Richtigkeit des Rechts behauptet, zweitens dessen Begründbarkeit impliziert und drittens damit die Erwartung verbindet, daß es als richtiges Recht anerkannt werde[56], der sagt damit noch nichts über die *Inhalte* dieses Anspruchs auf Richtigkeit. Immerhin könnte die Richtigkeit des Rechts allein darin gesehen werden, daß die kompetentiell ermächtigten Organe im vorgeschriebenen Verfahren und unter Wahrung der gebotenen Form handeln. Weder einzelne Rechtsnormen noch bestimmte Kriterien der Normbegründung begleiten die Erkenntnis, daß es zu den Charakteristika von 'Recht' gehört, einen (wie auch immer gearteten) Anspruch auf Richtigkeit zu erheben.

Zum Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht verhält sich diese Erkenntnis folglich noch neutral. Dennoch verstärkt sie die Brücke zwischen Recht und Gerechtigkeit von einer bloß tatsächlichen und regelmäßigen zu einer *notwendigen* Beziehung. Denn Gerechtigkeit betrifft, wie noch im Detail zu zeigen sein wird[57], die *Richtigkeit* sozialbezogenen Handelns – auch diejenige des *rechtlich* geregelten Handelns. Damit erweist sich die Begründung der Richtigkeit des Rechts als Teil einer umfassenden Gerechtigkeitsbegründung. Entsprechend wurde schon oben festgestellt: Richtigkeit des Rechts ist nichts anderes als Gerechtigkeit im Recht[58]. Bezogen auf den notwendigen Richtigkeitsanspruch des Rechts kann nunmehr formuliert

---

55 Dazu und zum folgenden *R. Alexy,* Law and Correctness (1998), S. 205 ff. m.w.N. Ausdrücklich für einen Richtigkeitsanspruch als Element des Rechtsbegriffs auch *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 149.

56 Zu dieser 'Trilogie' des Anspruchs auf Richtigkeit *R. Alexy,* Law and Correctness (1998), S. 208 f.

57 Dazu sogleich S. 50 ff. (D_1).

58 Dazu oben Fn. 28 (Gerechtigkeit und richtiges Recht).

werden: Gerechtigkeit ist die Erfüllung eines Anspruches, den das Recht notwendig erhebt.

D. Die spezifisch juristische Perspektive der Gerechtigkeit

Bisher ist nur dargelegt, welche Bedeutung die Gerechtigkeit im Recht erlangen kann und warum ein (wie auch immer inhaltlich ausgestalteter) Gerechtigkeitsbezug zu den begrifflich notwendigen Elementen des Rechts gehört. Damit ist noch nicht erklärt, weshalb Gerechtigkeit ein Gegenstand der *Rechtswissenschaft* sein soll. Denn es wäre eine wissenschaftliche Aufgabenverteilung denkbar, in der Gerechtigkeitsfragen zwar in Philosophie, Religion, Politik, Psychologie, Soziologie und anderen Wissenschaften, nicht aber in der Rechtswissenschaft untersucht werden[59]. Einer solchen 'Gerechtigkeitsabstinenz' der Jurisprudenz kann die These entgegengehalten werden, daß es eine *spezifisch juristische Perspektive für Gerechtigkeitsfragen* gibt, die es nötig macht, derartige Fragen nicht nur als Gegenstand der politischen Philosophie und der empirischen Wissenschaften, sondern außerdem als solche der Rechtswissenschaft zu begreifen. Bei der Begründung dieser These ist zwischen den rechtswissenschaftlichen Teilbereichen der Rechtstheorie und der Rechtsdogmatik zu unterscheiden.

I. Gerechtigkeit in der Rechtstheorie

Zur *Rechtstheorie* zählt heute mehr als die bloße Beschäftigung mit *formalen* Eigenschaften und Strukturen des Rechts[60]. Gemeint ist eine »allgemeine juristische Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft«[61], in der analytische, empirische und normative Aussagen[62] über das Recht an sich untersucht werden, also ohne Be-

---

59 Diese Art der Aufgabenverteilung liegt offenbar der Reinen Rechtslehre *Kelsens* zugrunde; vgl. *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 402 ff. (429 f.) – notwendige Widersprüchlichkeit der Naturrechtslehren. Ebenso die Bewertung bei *R. Walter,* Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit (1996), S. 208.

60 So aber noch *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 5; *D. v.d. Pfordten,* Rechtsethik (1996), S. 204 f. – Rechtstheorie als 'deskriptiv-historische Rechtsphilosophie' im Gegensatz zur Rechtsethik als materialer Rechtsphilosophie. Zum Ganzen *R. Dreier,* Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie (1974), S. 17 ff.; *R. Alexy/R. Dreier,* The Concept of Jurisprudence (1990), S. 8; *N. Luhmann,* Das Recht der Gesellschaft (1993), S. 9 ff. Wenig konkret die Definition der Rechtstheorie als Reflexion der Identität des Rechtes im Rechtssystem selbst: *N. Luhmann,* Selbstreflexion des Rechtssystems (1981), S. 446; sowie *G. Roellecke,* Theorie und Philosophie des Rechtes, S. 1. Zu der Last einer marxistisch-leninistischen und positivistischen Vereinnahmung des Rechtstheoriebegriffs vgl. *R. Dreier,* Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie (1992), S. 15 f.

61 So die Definition bei *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 27; *R. Alexy/R. Dreier,* The Concept of Jurisprudence (1990), S. 7 ff.; ausführlich *R. Dreier,* Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie (1992), S. 20 ff.

62 Zu diesen Dimensionen der Rechtstheorie ausführlich *R. Alexy/R. Dreier,* The Concept of Jurisprudence (1990), S. 9 ff. Im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch hat sich wegen der Vielfalt dieser Dimensionen eine Gleichsetzung von 'Legal Theory' und 'Jurisprudence' eingestellt; s. etwa *J.J. Kelly,* A Short History of Western Legal Theory (1992), S. xi.

schränkung auf ein bestimmtes Rechtssystem[63]. Zwischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie[64] bleibt deshalb keine Differenz mehr[65].

Die Rechtstheorie hat sich von der Anlehnung an die allgemeine Philosophie begrifflich und inhaltlich zu einer genuin juristischen Disziplin emanzipiert[66]. Ihre Inhalte sind dadurch beschränkt, daß sie auf die Rechtsdogmatik bezogen bleiben[67]. Daraus ergibt sich die spezifisch juristische Perspektive auch für Gerechtigkeitsfragen. Juristen suchen nach Gerechtigkeitsmaßstäben für das Recht. Sie sind nicht an jedem beliebigen Gerechtigkeitsproblem gleichermaßen interessiert. Wenn beispielsweise Eltern eines ihrer Kinder den anderen vorziehen, so ist das eine große Ungerechtigkeit – solches Verhalten ist moralisch verwerflich, didaktisch und psychologisch unklug und ein soziales Unding. Dennoch werden dadurch, sieht man von Extremfällen ab, keine *Rechts*fragen ausgelöst. Die hier verletzte Gerechtigkeit setzt keine *rechtlichen* Maßstäbe. Gleiches gilt für andere Sozialbereiche, die für den einzelnen eminent wichtig sind und sich einer rechtlichen Regelung doch entziehen: Illoyalität unter Freunden, Betrug in der Liebe, soziale Ächtung von Minderheiten. Zugespitzt heißt das: Mögen auch noch so ungerechte Zustände in einer sozialen Beziehung vorherrschen, den Juristen interessieren sie erst, wenn diese Beziehung einer rechtlichen Regelung unterworfen ist. Gerechtigkeit unterliegt dadurch in der Rechtstheorie einer spezifisch juristischen Perspektive.

Dem könnte ein methodischer Einwand entgegengehalten werden. Wenn in Gerechtigkeitstheorien einerseits Maßstäbe für die Beurteilung der sozialen Ordnung als richtig und gerecht erarbeitet werden, andererseits aber die Theorie von Anfang an auf solche Gegenstände beschränkt wird, die vom Recht als relevant anerkannt sind, so wäre die Untersuchung von Gerechtigkeitstheorien aus rechtstheoretischer Sicht teilweise zirkulär, insoweit nämlich, als sie die Grenzen der rechtlichen Regulierung unhinterfragt läßt. Um einem solchen Einwand zu begegnen und dennoch den Bereich der Untersuchung sachgerecht auf die spezifisch rechtlichen Fragen zu konzentrieren, muß zum Gegenstand einer rechtstheoretischen Untersuchung von Gerechtigkeitstheorien immer auch die Entscheidung gerechnet werden, *welche* Ge-

---

[63] Vgl. *R. Dreier,* Recht - Moral - Ideologie, S. 10 f.

[64] Rechtsphilosophie ist, in Anlehnung an die triadische Definition der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, das dritte Teilgebiet der Jurisprudenz neben Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte; vgl. *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 17 ff. – Fragentrias zur Jurisprudenz: 'Was ist rechtens?' (Rechtsdogmatik), 'Ist es vernünftig, daß es so sei?' (Rechtsphilosophie) und 'Wie ist es rechtens geworden?' (Rechtsgeschichte). Spätestens durch die Arbeiten von *Max Weber* hat sich in jüngerer Zeit die Rechtssoziologie abgespalten, so daß nunmehr 'Rechtsphilosophie' (bzw. Rechtstheorie) die Rechtswissenschaft unter Abzug von Rechtsdogmatik, Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie ist.

[65] Vgl. *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 18: »Man kann sogar zweifeln, ob es überhaupt noch sinnvoll sei, zwischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie zu unterscheiden.«; sowie *ders.,* Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie (1992), S. 19: »Systematisch lassen sich die Rechtstheorie und die Rechtsphilosophie ... weder gegenständlich noch methodisch streng voneinander abgrenzen.« Vgl. auch das breite Spektrum der geschilderten Gegenstände bei *E.P. Haba,* Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie (1996), S. 280 ff.

[66] Zur Entwicklung *M. Morlok,* Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? (1988), S. 44 ff. (46 f.).

[67] *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 18, 22 f.

genstände einer *rechtlichen* Regelung zu unterwerfen sind. Es kann ungerecht sein, wenn die Rechtsordnung sich aus wichtigen Sozialbereichen zurückzieht. Solche Ungerechtigkeit muß durch eine Gerechtigkeitstheorie – auch durch eine aus juristischer Perspektive definierte – aufgespürt werden. Die Frage, *was* rechtlich zu regeln ist, gehört also aus juristischer Perspektive ebenfalls zu den Fragen der Gerechtigkeit. Gerechtigkeit wird dadurch, juristisch betrachtet, umfassend genug, um als Inbegriff für 'richtiges Recht' zu gelten[68].

II. Gerechtigkeit in der Rechtsdogmatik

Rechtsdogmatik ist die Summe aller Lehrsätze in bezug auf ein bestimmtes Rechtssystem. Sie ist die Lehre von der richtigen *Rechtspraxis,* d.h. der richtigen Erzeugung und Anwendung von Normen des positiven Rechts innerhalb eines bestimmten Rechtssystems[69]. Anders als Rechtstheorie, Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie betrifft die Rechtsdogmatik das konkret anzuwendende Recht und gilt deshalb als »Kerndisziplin der Rechtswissenschaft«[70] in empirischer, analytischer und normativer Dimension[71]. Um ihres Bezuges zur Rechtspraxis willen hat sie einen unaufgebbaren Bezug zur praktischen Vernunft[72].

Wenn Gerechtigkeit als Gegenstand der Rechtsdogmatik untersucht wird, dann will der Jurist, anders als der Philosoph, nicht nur wissen, wie sich allgemeinste Gerechtigkeitsprinzipien begründen lassen. Ihn interessiert außerdem, wie Gerechtigkeit real wird. Kann die Rechtsanwendung insgesamt als Subsumtion unter kodifizierte Gerechtigkeitsnormen ('geronnene Moral') angesehen werden? Weisen die abstrakt-generellen Ebenen der Gerechtigkeitsbegründung und die konkret-individuellen der Gerechtigkeitserzeugung zumindest Parallelen auf? Steckt die Gerechtigkeitstheorie überhaupt einen äußeren Rahmen für richtige Rechtsanwendung ab und handelt es sich dabei um ein enges Korsett oder um ein Entscheidungsfeld von annähernd grenzenloser Weite? Solche Fragen legen es nahe, Gerechtigkeitstheorien jenseits der in politischer Philosophie üblichen Prinzipiendiskussion zu erweitern und in ihrer Konsequenz für das Verständnis einzelner Rechtsordnungen zu untersuchen.

---

68 Dazu oben Fn. 28 (Gerechtigkeit und richtiges Recht).

69 *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 21 – Charakterisierung als 'juristische Theorie des positiven Rechts eines bestimmten Rechtssystems' und der Hinweis, daß das objektive Forschungsinteresse (i.S.v. Erkenntnisinteresse) den Bezug zur Rechtspraxis herstellt.

70 *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 21; *R. Alexy/R. Dreier,* The Concept of Jurisprudence (1990), S. 7.

71 Vgl. *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 22: »In ihrer empirischen Dimension ist sie [die Rechtsdogmatik], faustformelartig ausgedrückt, auf die Sammlung und Sichtung des positiven Rechtsstoffs, in ihrer analytischen Dimension auf dessen begrifflich-systematische Durchdringung und in ihrer normativen, d.h. rechtsethischen, Dimension darauf gerichtet, im Vagheitsbereich des positiven Rechts vernünftige Entscheidungsvorschläge zu erarbeiten.«

72 *F. Wieacker,* Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik (1970), S. 78: »Rechtsdogmatik als Instrument der Rechtsfindung im Feld der praktischen Vernunft und Moral«; *R. Dreier,* Rechtstheorie und Rechtsgeschichte (1989), S. 17, 22.

Mit juristischen Überlegungen zur Umsetzung von Gerechtigkeit im Recht ist die Domäne der Rechtsdogmatik erreicht. Hier überschneiden sich Gerechtigkeitstheorien mit Rechtslehren, insbesondere mit der Staatsrechtslehre. Wer die Frage nach Gerechtigkeit im Recht beantworten will, darf deshalb nicht bei der Begründung oberster Prinzipien verharren, sondern muß zeigen, wie sich solche Prinzipien im Recht umsetzen lassen, inwieweit sie beispielsweise Menschenrechtsgarantien erfordern, Demokratie gebieten oder Verfahrensregeln erzeugen. Aus juristischer Sicht werden dabei diejenigen Aussagen in prozeduralen Gerechtigkeitstheorien besonders wichtig, nach denen ein prozedurales Verständnis auch bei der Umsetzung von Gerechtigkeit im Recht durch eine 'rationalitätssichernde Prozedur' zu fordern ist[73]. Das Rechtssystem wird dann nicht bloß als Normensystem, sondern außerdem als mehrstufiges System von Prozeduren verstanden[74]. Insofern kann neben Regel- und Prinzipienebene von einer weiteren Ebene, der Prozedurebene, eines jeden Rechtssystems gesprochen werden[75].

III. Gerechtigkeitstheorien aus juristischer Perspektive

Vor der Aufgabe des Rechts erscheinen die Gerechtigkeitstheorien in einem neuen Licht. Sie sind nicht länger nur Gerechtigkeitsbegründungs-, sondern auch Gerechtigkeitserzeugungstheorien[76]. Das Programm einer bis in die rechtliche Umsetzung hineinreichenden Gerechtigkeitstheorie ist keine Neuheit. Schon *Rawls* hat von einer vierstufigen Konkretisierung seiner 'Theorie der Gerechtigkeit' über das Verfassungsrecht und das einfache Recht bis hin zur Rechtsanwendung gesprochen[77]. Ursprünglich wollte auch *Barry* sein dreibändiges Werk über Gerechtigkeit in einer Exposition der Verteilungsgerechtigkeit im konkreten Steuerrecht gipfeln lassen, gleichsam als Beleg für die Praxistauglichkeit der allgemeineren theoretischen Überlegungen. *Höffe* widmet seine Theorie der politischen Gerechtigkeit ausdrücklich den Problemen einer Legitimation des positiven Rechts und des Staates und damit einer stärkeren Anwendungsorientierung der Gerechtigkeitstheorie[78]. Und schließ-

---

[73] Vgl. *R. Alexy,* Rechtssystem und praktische Vernunft (1987), S. 416.

[74] *R. Alexy,* Rechtssystem und praktische Vernunft (1987), S. 416 ff.; *ders.,* Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems (1991), S. 36 ff. – Denkbar sei beispielsweise ein vierstufiges Modell, bei dem auf die Prozedur des allgemeinen praktischen Diskurses (1) diejenige der staatlichen Rechtssetzung (2), darauf diejenige des juristischen Diskurses (3) und schließlich diejenige des gerichtlichen Prozesses (4) folge.

[75] Zu diesem Drei-Ebenen-Modell siehe ausführlich *R. Alexy,* Rechtssystem und praktische Vernunft (1987), S. 407 ff.

[76] Zu dieser auf *R. Dreier* zurückgehenden Unterscheidung unten S. 88 ff.

[77] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 31, S. 195 ff. (*four-stage sequence*); zustimmend *P. Koller,* Moderne Vertragstheorie und Grundgesetz (1996), S. 380 ff. (382). Von vier Stufen der staatlichen Gerechtigkeit spricht schon *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 233 ff., allerdings in einem anderen Sinne. Bei ihm liegt auf der ersten Stufe einer Gerechtigkeitstheorie die argumentative Überwindung der Anarchie durch Begründung einer Friedensordnung, auf der zweiten Stufe etabliert sich das Gesetz als Schutzinstrument gegen Willkür, auf der dritten die Menschenrechte als Integritätsschutz und auf der vierten die politische Machtverteilung, idealer- aber nicht notwendigerweise in Form einer Demokratie.

[78] Zu diesem Programm *O. Höffe,* Erwiderung (1997), S. 335.

lich findet sich auch bei *Habermas* der Hinweis, die Prozeduralisierung sei als ein neues Paradigma zu verstehen, das im gesamten Recht wirke und nicht bloß oberste Gerechtigkeitsprinzipien generiere[79]. Indes: das damit angesprochene Programm ist nirgends eingelöst[80]. *Rawls* und *Habermas* beschränken sich auf die Begründung und Erläuterung allgemeinster Gerechtigkeitsprinzipien, *Höffes* Staatsrechtfertigung bleibt punktuell[81] und auch *Barry* ist inzwischen von seinem ursprünglichen Vorhaben abgerückt und hat die rechtsdogmatischen Zusammenhänge aus der Trilogie ausgeklammert[82].

Prozedurale Gerechtigkeitstheorien sind bisher als Theorienklasse aus juristischer Sicht noch nicht hinlänglich untersucht worden[83]. Das liegt unter anderem an der Zurückhaltung, die sich Protagonisten von Verfahrenstheorien auferlegen, wenn es darum geht, konkrete inhaltliche Folgerungen für das Recht aus den Theorien abzuleiten. Solche Zurückhaltung ist verständlich, blickt man auf die Gefahren, die mit jeder konkretisierenden Anwendung verbunden sind: allzu leicht können persönliche Präferenzen den Platz universeller oder zumindest intersubjektiver Richtigkeit einnehmen, kann spekulative Metaphysik die wohlformulierte Theorie untergraben[84]. Doch ein Rückzug auf das Formale und Abstrakte, die Ausklammerung aller inhaltlichen Fragen, die nicht einmal mehr die Struktur der realen Lösungsansätze untersucht, würde auch bedeuten, daß eine originäre Aufgabe der praktischen Philosophie aufgegeben wird[85]. Schon deshalb muß gewagt werden, jenseits der sicheren Gefilde abstrakter Theoriebildung und allgemeinster Gerechtigkeitsprinzipien die theoretischen Erkenntnisse in wichtigen Bereichen der Rechtsdogmatik durchzude-

---

79 Dazu unten S. 245 ff. (prozedurales Rechtsparadigma).

80 Insoweit unergiebig ist neben den im Text erwähnten Ansätzen auch die neuere Theorie von *D. Dürr,* Diskursives Recht (1994).

81 Vgl. zur Kritik *K. Günther,* Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? (1991), S. 217; *P. Koller,* Otfried Höffes Begründung der Menschenrechte und des Staates (1997), S. 301 ff. Zu Einzelheiten unten S. 281 ff. (Kritik an *Höffes* transzendentalem Tausch).

82 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. x – Statt des ursprünglichen Anwendungsbezugs sollen lediglich Einzelfragen in Aufsätzen erörtert werden.

83 Zur Thematisierung in kurzen Beiträgen siehe etwa *L. Kern,* Von Habermas zu Rawls (1986), S. 83 ff.; *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 5 ff.; *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 111 ff.

84 Der Begriff der Metaphysik ist mehrdeutig. Metaphysik im weitesten Sinne ist jede Behauptung, es gebe Erkenntnis jenseits der empirischen Welt, d.h. auch schon jede Behauptung der Moralerkenntnis (praktische Metaphysik). Metaphysik im hier gemeinten engeren Sinn ist dagegen nur die theoretische oder ontologische Metaphysik, also die These, daß es eine Wirklichkeit jenseits der empirischen Welt gebe, z.B. moralische Tatsachen, eine vorgegebene, normative Menschennatur oder eine andere Korrespondenz zwischen Sinnstiftung und Weltstruktur; vgl. *G.E. Moore,* Principia Ethica (1903), S. 111 – »[M]etaphysicians ... have in general supposed that whatever does not exist in time, must at least *exist* elsewhere, if it is to *be* at all – that, whatever does not exist in Nature, must exist in some supersensible reality, whether timeless or not.« (Hervorhebungen bei *Moore*). Unter dem Begriff der Metaphysik im engeren Sinne versammeln sich danach alle Aussagen, die empirischen Untersuchungsmethoden *nicht* zugänglich und deshalb jedenfalls nicht im naturwissenschaftlichen Sinne erkenntnisfähig sind. Der Rückgriff auf solche Metaphysik läuft Gefahr, ins Spekulative abzugleiten.

85 *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 453.

klinieren[86]. In der politischen Philosophie ist dieses Untersuchungsprogramm unter dem Begriff der Theorien mittlerer Reichweite oder mittlerer Abstraktion bekannt geworden[87]. Tatsächlich geht es um mehr: Die Gerechtigkeitsbegründung muß auf juristische Fragen zugespitzt und um das Problem der Gerechtigkeitserzeugung erweitert werden[88].

E. Ergebnisse

Der tatsächlich und regelmäßig festzustellende Gerechtigkeitsbezug des positiven Rechts ist nicht bloß kontingent, sondern beruht auf einem inhaltsoffenen Richtigkeitsanspruch, dessen Erhebung notwendig mit der Qualifizierung als 'Recht' einhergeht. Sowohl in der Rechtstheorie als auch in der Rechtsdogmatik läßt sich eine spezifisch juristische Perspektive für Gerechtigkeitsfragen entwickeln, aus der die Theorien der politischen Philosophie in einem neuen Licht erscheinen. Gerechtigkeit wird dadurch zu einem Untersuchungsgegenstand der Jurisprudenz. Aus juristischer Sicht muß sich eine Gerechtigkeitstheorie bemühen, die philosophische Ebene der Gerechtigkeitsbegründung mit der dogmatischen Ebene der Gerechtigkeitserzeugung zu verbinden.

---

86 Vgl. unten S. 339 ff. (Diskursivität des Rechts).

87 Zu einer 'philosophy of the middle range' etwa *T.W. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 21. Das 'Mittlere' der Theorie liegt darin, daß die verbindende Ebene zwischen reiner Prinzipienbegründung einerseits und reinen Anwendungsfragen in Politik und Recht andererseits gesucht wird.

88 Vgl. unten S. 88 ff. (Begründungs- und Erzeugungstheorien); 334 ff. (mittelbare Begründung von Gerechtigkeitsnormen).

Zweiter Teil: Begriff und Klassifizierung prozeduraler Gerechtigkeitstheorien

Unter prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit werden, vereinfacht gesprochen, solche Theorien verstanden, die zwecks Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeit auf Verfahren zurückgreifen[1]. Für eine genauere Begriffsbestimmung und Klassifizierung als Voraussetzung jeder vergleichenden Analyse kommt es darauf an, welchen Gerechtigkeitsbegriff die Theorien zugrundelegen (A), welche Gerechtigkeitstheorien miteinander verglichen werden können (B), wie diese Theorien dabei den Gedanken von prozeduraler Gerechtigkeit zur Anwendung bringen (C) und mit welcher Grenzziehung sie sich als prozedurale Gerechtigkeitstheorien von materialen (substantiellen) Theorien unterscheiden (D).

A. Gerechtigkeit

I. Zur Definition der Gerechtigkeit

1. Die suum cuique-Formel

Suum cuique![2] Jedem das Seine! So lautet die Gerechtigkeitsformel, die *Ulpian* neben *alterum non laedere* und *honeste vivere* in die Dreiheit der Gebote des (Natur-)Rechts (*iuris praecepta*) aufgenommen hat[3], angelehnt an den Gerechtigkeitsbegriff bei *Aristoteles*[4] und dessen Rezeption in der Stoa[5] – Gebote, die mit unterschiedlicher Abwand-

---

1 Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 5 ff.; *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107, 111 ff. Dazu unten S. 132 (prozedurale Gerechtigkeitstheorien).

2 Genauer die Dig. 1, 1, 10: »*Iustitia est perpetua et constans voluntas jus suum cuique tribuendi.*« In der Übersetzung von *Seiler,* in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Bd. 2 (1995), S. 94: »Gerechtigkeit ist der unwandelbare und dauerhafte Wille, jedem sein Recht zu gewähren.« Inhaltsgleich die Definition der Gerechtigkeit bei *Cicero,* De Finibus 5, 23: »*quae animi affectio suum cuique tribuens ... aeque tuens iustitia dicitur*«; Inst., Erstes Buch, Kapitel I (*de iustitia et iure*): »*Iustitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens.*« sowie *Thomas von Aquin,* ST, II-II, 58, 1: »*Et si quis vellet in debitam formam definitionis reducere, posset sic dicere: quod 'justitia est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate jus suum unicuique tribuit'.*« In der Übersetzung von *Groner:* »Wer die Definition in vollkommene Form bringen wollte, könnte sagen: Die Gerechtigkeit ist ein Habitus, kraft dessen jedem das Seine mit festem und unwandelbarem Willen zugeteilt wird.« Kritik an der ideengeschichtlichen Zuordnung zu *Ulpian* bei *W. Waldstein,* Ulpians Definition der Gerechtigkeit (1978), S. 215 ff., 231; *ders.,* Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian (1996), S. 60 f. m.w.N.

3 Dig. 1, 1, 10, 1: »*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*« In der Übersetzung von *Seiler,* in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Bd. 2 (1995), S. 94: »Die Gebote des Rechts sind folgende: Ehrenhaft leben, niemanden verletzen, jedem das Seine gewähren.« Auch die Originalität dieser *praecepta* bei *Ulpian* ist umstritten; *W. Waldstein,* Ulpians Definition der Gerechtigkeit (1978), S. 215; *ders.,* Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian (1996), S. 60 f. m.w.N.

4 Dazu unten S. 56 (aristotelischer Gerechtigkeitsbegriff).

lung über *Thomas von Aquin*[6], *Leibniz*[7] und *Kant*[8] einen festen Platz in der europäischen Geistesgeschichte gewonnen haben[9]. Gleich ob als Gebot der Tugend- oder Rechtslehre, in jedem Fall bleibt die Forderung 'Jedem das Seine' – genau wie die übrigen *praecepta*[10] – eine inhaltlich ausfüllungsbedürftige Formel, eine leere, bloß formale Hülle, die für fast beliebige Konkretisierungen ('Jedem das Gleiche', 'Jedem nach seiner Leistung', 'Jedem nach seinen Bedürfnissen' u.v.m.) genutzt werden kann und genutzt wurde[11]. Bedingt durch die Formelhaftigkeit des *'suum cuique'* wird der Begriff der Gerechtigkeit in Philosophie und Rechtsphilosophie sehr unterschiedlich bestimmt[12]. Allein der Begriff der *formalen* Gerechtigkeit ist seit *Perelmanns* Studie über Gerechtigkeit in unumstrittener Weise bestimmt[13]. Im übrigen fielen die Definitionsversuche, soweit sie überhaupt gewagt wurden, in ihrer Unbestimmtheit wenig überzeugend aus[14].

---

5 Ausführlich hierzu *U. Manthe,* Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpians (1997), S. 1 ff., 12 ff.

6 Vgl. *Thomas von Aquin,* ST, II-II, 58, 1; dazu oben Fn. 2.

7 Bei *Leibniz* noch als Tugendlehre, die alle Vernunftelemente des römischen Rechts, der christlichen Tradition und der philosophischen Traktate zu einer *iustitia universalis* zusammenfassen will, in die auch die *praecepta* eingehen: »Ex hac consideratione fit ut *justitia universalis* appellatur et omnes alias virtutes comprehendat« (Hervorhebung bei *Leibniz*); *G.W. Leibniz,* De notionibus Juris et Iustitiae (1693), Vorrede des Codex Juris Gentium diplomaticus, zitiert nach dem Textabdruck bei *M. Dießelhorst,* Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians (1985), S. 201 ff. (203 f.). Ausführlicher noch in *G.W. Leibniz,* Méditation sur la notion commune de la justice (ca. 1674), S. 668: »Während nun die Gerechtigkeit nur eine Tugend ist, ... darf man behaupten, daß sie, sobald man sie auf Gott und die Nachahmung Gottes gründet, zur 'iustitia universalis' wird und alle Tugenden umfaßt. ... Die iustitia universalis wird nun durch die oberste Vorschrift bezeichnet: 'honestere, h.e. probe, pie vivere', ... 'suum cuique tribuere' ... 'neminem laedere'.«

8 Bei *Kant* bewußt umgestaltet zu Rechtspflichten; *I. Kant,* MdS (1797), A 43 / B 43: »(suum cuique tribue) ... Tritt in einen Zustand, worin jedermann das Seine gegen jeden anderen gesichert sein kann.« Zur Rezeption bei *Leibniz* und *Kant* außerdem *M. Dießelhorst,* Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians (1985), S. 201 ff., 208 ff.

9 *U. Manthe,* Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpians (1997), S. 23 ff. m.w.N.

10 Bei *alterum non laedere* ist der Schädigungsbegriff, bei *honeste vivere* der Ehrlichkeitsbegriff unbestimmt.

11 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 99; kritisch zu solchen Gerechtigkeitsformeln *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 366 ff.; *ders.*, Was ist Gerechtigkeit? (1975), S. 29 ff. (Goldene Regel), 33 (Jedem das Seine); kritisch gegenüber *Kelsens* Kritik etwa *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 24 ff. Vgl. auch *L.L. Weinreb,* The Complete Idea of Justice (1984), S. 802 ff. – zur Unbestimmtheit der Formel hinsichtlich rechtlicher/moralischer Ansprüche und rechtspositivistischer/naturrechtlicher Theorien.

12 Übersichten über die vertretenen Begriffe etwa bei *C.K. Allen,* Aspects of Justice (1958), S. 3 ff.; *M. Kriele,* Kriterien der Gerechtigkeit (1963), S. 42 ff.; *C. Perelman,* Eine Studie über die Gerechtigkeit (1945), S. 14 ff.; *K. Engisch,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit (1971), S. 147 ff.; *G. Robbers,* Gerechtigkeit als Rechtsprinzip (1980), S. 15 ff.; *M.R. Deckert,* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 171 f., 192 ff. (Folgenorientierung und Gerechtigkeit). Sieht man auf Details, so kann man sogar sagen, daß es zumindest ebensoviele Varianten des Gerechtigkeitsbegriffs gibt wie Gerechtigkeitstheorien vertreten werden; *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 29.

13 Dazu unten S. 62 (formaler Gerechtigkeitsbegriff). Vereinzelt gibt es selbst zu dieser Begriffsbildung wieder Kritik: *J. Schroth,* Über formale Gerechtigkeit (1997), S. 497 ff.

14 Vgl. nur *B.H. Levy,* Cardozo and Frontiers of Legal Thinking (1938), S. 75: »Justice can thus be said to be ... legally organizable morality.«; *G. Vlastos,* Justice and Equality (1962), S. 53: »An Action is

2. *Die Erforderlichkeit einer Gerechtigkeitsdefinition*

Angesichts solcher Konkretisierungshürden stellt sich zunächst die Frage, ob eine Erörterung des Gerechtigkeitsbegriffs überhaupt für die Untersuchung von Gerechtigkeitstheorien erforderlich ist. Denn häufig wird in den Theorien auf eine Begriffsbestimmung ganz verzichtet. Die sonst sehr umfassende Gerechtigkeitstheorie von *Rawls* enthält beispielsweise *keine* Definition des Gerechtigkeitsbegriffs[15]. Statt dessen legt *Rawls* den Gegenstand der Theorie nur generalisierend als 'soziale Gerechtigkeit' fest und stellt im übrigen auf das Sonderverständnis einer 'Gerechtigkeit als Fairneß' ab[16]. Der Gerechtigkeitsbegriff wird dabei nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Was zwischen den Zeilen mit Gerechtigkeit gemeint ist, erschließt sich bei *Rawls* erst im Rückblick, nachdem die Theorie ihr Begründungszelt aufgespannt hat. Solche Theorien weichen einer Definition aus[17]. Bei anderen Studien zur Gerechtigkeit steht dagegen die Wortbedeutung normativer Grundprädikate wie 'gut' und 'gerecht' im Mittelpunkt[18]. Sie versuchen, durch Begriffsanalyse einen semantischen Zugang zur Moral zu gewinnen[19].

Zwischen den Randpositionen einer Definitionsverweigerung und einer Definitionsfokussiertheit wird hier ein Mittelweg beschritten. Zwar ist es für eine Analyse *unterschiedlicher* Theorien unerläßlich, den dabei zugrundegelegten Begriff der Gerechtigkeit zu definieren, denn sonst ließe sich nicht einmal genau bestimmen, wel-

---

just if, and only if, it is prescribed exclusively by regard for the rights of all whom it affects substantially.« (Hervorhebung bei *Vlastos*); *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 369: »*Justice* is a rational regard for the individual, taking into account all and only all the circumstances of the individual case, and not merely some of them, and not any other extraneous, and properly irrelevant ones.« Auch die Definition von *Dreier* ist nur eine Reformulierung des inhaltlich unbestimmten *suum cuique*; vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 100: »Gerechtigkeit ist diejenige Eigenschaft einer Handlung, eines Handlungssubjekts, einer Norm oder einer Normenordnung, durch die eine gute Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs von Gütern und Lasten bewahrt oder hergestellt wird.«

15 Die ähnlich einer Definition formulierte Erläuterung am Anfang der Theorie (*J. Rawls,* Theory of Justice [1971], § 1, S. 3: »Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought.«), deren wortgleiches Aufgreifen am Ende der Arbeit (S. 586) den Kreis der Untersuchung schließen soll, ist tatsächlich *keine Definition,* sondern setzt vielmehr eine solche voraus und weist der Gerechtigkeit, basierend auf dieser implizierten Definition, eine Wertigkeit zu.

16 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 3, 11: »This way of regarding the principles of justice [as object of the original agreement] I shall call justice as fairness.«

17 Die Ausweichtaktik gegenüber den Schwierigkeiten einer Definition beginnt bei *Rawls* bereits mit dem Frühwerk; vgl. *J. Rawls,* Justice as Fairness (1957), S. 653: »Throughout I discuss justice as virtue of institutions ... and not as a virtue of particular actions, or persons.«

18 Für das Prädikat 'gut' z.B. im Präskriptivismus von *R.M. Hare,* Sprache der Moral (1952), S. 109 ff. (Begriffsanalyse); vgl. auch S. 183 (»'Gut', wie es in moralischen Zusammenhängen gebraucht wird, hat eine beschreibende und wertende Bedeutung, und die letztere ist die primäre.«) sowie – zum Begriff des 'Sollens' – S. 211: »[D]och ich schlage vor, dieser Schwierigkeit in der *einzig möglichen Weise* zu begegnen, *indem man sie zu einer Sache der Definition* macht.« (Hervorhebungen hinzugefügt, A.T.).

19 *R.M. Hare,* Ethical Theory and Utilitarianism (1976), S. 25 m.w.N.: »I try to base myself, unlike Rawls, entirely on the formal properties of the moral concepts as revealed by the logical study of moral language«.

che Sozialordnungstheorie als *Gerechtigkeits*theorie gelten kann[20]. Auch muß der hier zugrundegelegte Begriff trennscharf von dem in der Jurisprudenz verbreiteten Verständnis der Gerechtigkeit als eines von mehreren Elementen der Rechtsidee (*Radbruch*) abgegrenzt werden[21]. Die kritisch-analytische Arbeit erfordert aber andererseits nicht die Suche nach einem einzig wahren Gerechtigkeitsbegriff. Hier haben Ethik und Religionslehre, politische Philosophie und Rechtstheorie im Laufe der Zeit unterschiedliche, teils widersprüchliche Wortbedeutungen hervorgebracht, die jeweils ihre eigene Berechtigung haben[22]. In dieser Situation ist es wenig erhellend, den – ohnehin ständigem Wandel unterlegenen – *faktischen Gebrauch* des Gerechtigkeitsprädikats herauszuarbeiten[23]. Auch kann man von einer *sprachlichen Begriffsanalyse*[24] keinen Beitrag zur normativen Begründung von Gerechtigkeit erwarten[25]. Vielmehr gilt es, die Vielfalt der Ausprägungen des Gerechtigkeitsbegriffs zu akzeptieren. Die im folgenden entwickelte Definition bestimmt die begriffsnotwendigen Elemente eines *weiten Gerechtigkeitsbegriffs*, ohne den zahlreichen anderen Gerechtigkeitsbegriffen im einzelnen nachzugehen.

3. Die Gegenstände des Gerechtigkeitsprädikats (Transponierbarkeitsthese)

Die Definition der Gerechtigkeit wird dadurch erschwert, daß unterschiedliche Gegenstände mit den Prädikaten 'gerecht' oder 'ungerecht' zu einem Gerechtigkeitsurteil der Form 'X ist gerecht' verbunden werden können[26]: einzelne Gesetze, Institutionen und Verfahren, die Gesellschaftsordnung insgesamt, einzelne Handlungen einschließlich privater Verhaltensweisen, Gerichtsurteile oder administrativer Ein-

---

20 Vgl. zum Begriff der Sozialordnung *H. Kelsen,* Reine Rechtslehre (1960), S. 25: »Eine normative Ordnung, die menschliches Verhalten insoferne regelt, als es in unmittelbarer oder mittelbarer Beziehung zu anderen Menschen steht, ist eine gesellschaftliche Ordnung. Die Moral und das Recht sind solche gesellschaftliche Ordnungen.«

21 Dazu unten S. 63 ff. (Gerechtigkeitsbegriff bei *Radbruch*).

22 Dazu unten S. 62 ff. (einige andere Gerechtigkeitsbegriffe). Vgl. *M. Kriele,* Kriterien der Gerechtigkeit (1963), S. 35 – zur klassischen Methode, Gerechtigkeit anhand eines Definitionsversuchs zu erläutern, sowie zu der Illusion, dabei gleichzeitig Allgemeinverbindlichkeit und inhaltliche Aussagekraft zu erreichen.

23 Vgl. die Kritik bei *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 26; inzwischen auch *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 37 ff.

24 Z.B. bei *C. Perelman,* Eine Studie über die Gerechtigkeit (1945), S. 22 ff.

25 Das sieht auch *Perelman* selbst: *C. Perelman,* Eine Studie über die Gerechtigkeit (1945), S. 83: »Ganz offensichtlich erschöpft dieser Faktor [formelle Gerechtigkeit] nicht die ganze Bedeutung dieses Begriffes [Gerechtigkeit]«. Vgl. allgemein *J.R. Searle,* Speech Acts (1969), S. 136 ff. – Kritik an der Sprachanalyse einzelner Begriffe (*good, true, know, probably*) bei *Hare, Strawson, Austin* und *Toulmin.* Treffend auch *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 62: »Die deskriptive Semantik bestimmt den Begriff politischer Gerechtigkeit; sie legitimiert ihn aber nicht.« Um so erstaunlicher, wenn *Höffe* der semantischen Erörterung von Legitimation und Gerechtigkeit später eine erste Kritik des Utilitarismus zutraut (S. 74 ff., 76). Vgl. dazu die Kritik bei *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 27 ff.

26 Zum Begriff des Gerechtigkeitsurteils vgl. *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 358; sowie *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 96: »Das Gerechtigkeitsgefühl drückt eine Wertung aus, die sich in einem Werturteil, genauer: einem Gerechtigkeitsurteil, als einem Urteil darüber, was gerecht und ungerecht ist, formulieren läßt.«

zelakte, bestimmte Situationen, besonders in Anbetracht einer eingetretenen Güterverteilung, einzelne Entscheidungen und schließlich Personen[27]. Auch mit der Grundformel der Gerechigkeit, *suum cuique* (Jedem das Seine)[28], läßt sich die Vielfalt der möglichen Gegenstände von Gerechtigkeitsurteilen beschreiben: Wer oder was jedem das Seine gibt, der oder das ist gerecht; ein Verhalten, eine Ordnung, ein Gesetz, ein Verhältnis, in dem jedem das Seine gegeben wird, ist gerecht[29].

Die Vielfalt der unterschiedlichen Gegenstände ist aber nur eine scheinbare. Tatsächlich lassen sich die Gegenstände des Gerechtigkeitsurteils nämlich so aufeinander beziehen, daß alle Gerechtigkeitsurteile ohne Inhaltsverlust mit einem einzigen Gegenstand formulierbar sind (Transponierbarkeitsthese)[30]. Die Wahl dieses Gegenstandes ist nicht zwingend[31]. Häufig bildet die Person den Bezugspunkt (Tugendlehre). Hier sei das Handeln (Tun oder Unterlassen) gewählt. Die Richtigkeit der Transponierbarkeitsthese läßt sich dadurch belegen, daß die Gerechtigkeit aller möglichen Gegenstände auf eine Gerechtigkeit des Handelns übertragen wird[32]: Bezieht man alle Gerechtigkeitsurteile auf Handeln, so ist ein Gesetz genau dann gerecht, wenn es gerechtes Handeln gebietet oder erlaubt und ungerechtes Handeln verbietet. Einzelne Institutionen oder die Gesellschaft insgesamt sind gerecht, wenn in ihnen gerechtes Handeln geboten oder erlaubt und ungerechtes verboten ist. Situationen sind gerecht, wenn sie fortbestehen dürfen, weil das Unterlassen einer Veränderung gerecht ist[33]. Entscheidungen sind genau dann gerecht, wenn sie zugunsten gerechten Handelns ausfallen. Und schließlich sind Personen gerecht, wenn sie stets gerecht handeln[34].

---

27 Zur Vielfalt der Gegenstände des Gerechtigkeitsurteils *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 357 ff.; *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 233; *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 2, S. 7; *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 69 ff.; *O. Höffe,* Gerechtigkeit als Tausch? (1991), S. 13 f.; *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 98 f. Entsprechend zur Vielfalt der Gegenstände der Legitimation *A. Aarnio,* Zur Legitimation des Rechts (1989), S. 143.

28 Dazu oben S. 45 (*suum cuique*-Formel).

29 So die Begriffsbestimmung bei *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 20.

30 Vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 98 ff. (101). *Dreier* spricht zwar nicht von der 'Transponierbarkeit', zeigt aber, wie sich die Gerechtigkeit bei unterschiedlichsten Gegenständen des Gerechtigkeitsurteils jeweils auf Handlungen und handlungsleitende Normen zurückführen läßt.

31 A.A. *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 234, der das Handeln als einzigen Gegenstand ansieht, auf den sich alle Gerechtigkeitsurteile beziehen lassen: Auch Personen könnten zwar 'gerecht' sein, wenn sie stets versuchten, gerecht zu handeln; umgekehrt sei aber ein Handeln nicht bereits deshalb gerecht, weil eine gerechte Person es vorgenommen hat. Dieser Kritik muß hier nicht nachgegangen werden, da ohnehin das Handeln als Anknüpfungspunkt für eine Transponierung aller Gerechtigkeitsurteile gewählt wird.

32 Ähnlich *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 101.

33 Das Unterlassen einer Veränderung ist mindestens dann gerecht, wenn kein ungerechtes Handeln zu der Situation geführt hat; vgl. *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 150 ff. (gerechte Aneignung).

34 So auch *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 357: »Die Gerechtigkeit eines Menschen ist die Gerechtigkeit seines sozialen Verhaltens«; vgl. den Wortlaut der *suum cuique*-Formel oben S. 45.

4. *Eine handlungsbezogene Definition der Gerechtigkeit (D_1)*

Durch die Transponierbarkeitsthese ist belegt, daß sich alle Gerechtigkeitsurteile durch eine handlungsbezogene Definition der Gerechtigkeit erfassen lassen. Es soll deshalb zunächst eine allgemeine handlungsbezogene Gerechtigkeitsdefinition gegeben werden, die später durch eine normbezogene zu ergänzen sein wird[35]:

> D_1: Gerechtigkeit ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit.[36]

Anhand dieser Definition lassen sich die einzelnen Elemente des Gerechtigkeitsprädikats besser erläutern als mit einer normbezogenen Definition, weil bei letzterer die Definitionselemente weitgehend im Begriff der Gerechtigkeitsnorm aufgehen[37].

II. *Fünf begrifflich notwendige Bezüge des Gerechtigkeitsprädikats*

Jedes Gerechtigkeitsurteil im Sinne von D_1, jede Verknüpfung des Gerechtigkeitsprädikats mit einem Objekt ('x ist gerecht'), weist fünf begrifflich notwendige Bezüge auf: den Handlungs-, Richtigkeits-, Sollens-, Sozial- und Gleichheitsbezug. Ein Urteil, bei dem einer dieser Bezüge fehlt, hat mit dem Gerechtigkeitsbegriff, wie er in Theorien der Gerechtigkeit verwendet wird, nichts zu tun. Wer beispielsweise sagt: 'Die göttlichen Gaben sind ungerecht verteilt!', der verwendet einen anderen Gerechtigkeitsbegriff als den hier interessierenden, denn für solche 'Gerechtigkeit' ist menschliches Handeln ohne Belang[38]. Um die Eignung einzelner Theorien nicht von vornherein durch Begriffsbildung zu präjudizieren[39], werden im folgenden die fünf Bezüge, insbesondere der Gleichheitsbezug[40], so bestimmt, daß ein *weiter Begriff der*

---

35 Dazu unten S. 75 (D_{1N}). Im Ergebnis ähnlich für einen Handlungs- und Normbezug des Gerechtigkeitsbegriffs *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 98: Hauptgegenstände des Gerechtigkeitsurteils seien Handlungen und Handlungssubjekte, Normen und Normordnungen. Ähnlich *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 36 f.: »Eine Norm oder ein einzelnes Gebot, das den durch die Diskursregeln bestimmten Kriterien genügt, kann als *gerecht* bezeichnet werden.« (Hervorhebung bei *Alexy*). Anders dagegen *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 77: »'Gerecht' ist eine positive, ethische, soziale Wertqualität, die korrelative Recht-Pflicht-Beziehungen und die Zuteilung des Gebührenden an jeden betrifft.« Zu solcher Gerechtigkeit als Werthaftigkeit vgl. unten S. 55 (D_{1A}).

36 Vgl. *R. Alexy,* Gerechtigkeit als Richtigkeit (1997), S. 105: »Gerechtigkeit ist Richtigkeit in bezug auf Verteilung und Ausgleich.« Durch die von *Alexy* gewählte, weite Ausdeutung dessen, was noch als Perspektive der Verteilung oder des Ausgleichs angesehen werden kann, kommen sich diese Definitionen sehr nah; vgl. ebd., S. 104 (Mutter-Kind-Beispiel). D_1 bietet den Vorteil, daß offen bleiben kann, ob eine Verteilungs- oder Ausgleichsproblematik vorliegt. Zum Element der 'Pflichtigkeit' im Gegensatz zur 'Werthaftigkeit' siehe sogleich S. 52 ff. (55); zum Gleichheitsbezug ausführlich unten S. 56 ff.

37 Zu diesem Effekt vgl. unten S. 72 ff. (D_{NG} und D_{1N}).

38 Dazu unten S. 68 (holistischer Gerechtigkeitsbegriff).

39 So etwa *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 74 ff., der bereits mit einer Begriffsanalyse von Legitimation und Gerechtigkeit eine Kritik des Utilitarismus beginnt.

40 Dazu unten S. 56 ff. (Gleichheitsbezug).

Gerechtigkeit resultiert, mit dessen Hilfe sich unterschiedlichste Theorien der Gerechtigkeit untersuchen lassen.

1. Der Handlungsbezug

Die begriffliche Notwendigkeit eines Handlungsbezuges folgt daraus, daß Gerechtigkeitsurteile Antworten auf die Grundfrage *praktischer* Philosophie geben: 'Was soll ich tun?'. Der Annahme eines Handlungsbezuges steht nicht entgegen, daß die Prädikate 'gerecht' und 'ungerecht' auch auf andere Gegenstände angewendet werden können, man also nicht nur Handlungen als 'gerecht' würdigt oder als 'ungerecht' kritisiert, sondern auch Personen, Gesetze, Institutionen, Staaten, Verteilungsergebnisse und vieles mehr (Transponierbarkeitsthese)[41].

2. Der Richtigkeitsbezug

In D_1 ist außerdem die 'Richtigkeit' ein Begriffselement der Gerechtigkeit. Der Anspruch auf Gerechtigkeit ist ein Sonderfall des Anspruchs auf Richtigkeit[42]. Es ist danach nicht möglich, eine Handlung als 'gerecht' und gleichzeitig als 'falsch' zu bezeichnen, etwa mit der Begründung, daß es noch andere, im Gewicht überwiegende Urteilsgründe neben der Gerechtigkeit gebe. Die umfassend zu verstehende 'Richtigkeit' in D_1 läßt sochen Zwiespalt nicht zu. Dadurch unterscheidet sich dieser Gerechtigkeitsbegriff, wie noch zu zeigen sein wird, von dem Begriff der Einzelfallgerechtigkeit[43]. Die 'Richtigkeit' in D_1 beschränkt sich nicht auf einzelne Kriterien, also beispielsweise nicht auf 'Richtigkeit im Sinne des Gesetzes' (Legalität) oder 'Richtigkeit in bezug auf materielle Vorteile' (ökonomische Rationalität), sondern fordert eine *Gesamtbetrachtung aller möglichen Gründe.* Nur ein Handeln, das dieser umfassenden Richtigkeitsprüfung standhält, kann gerecht sein.

Die 'Richtigkeit' in D_1 ist dabei offen für materiale, prozedurale oder formale Konkretisierungen. Material kann man Richtigkeit beispielsweise verstehen, indem man sie nur für ein Handeln gelten läßt, das bestimmten inhaltlichen, historisch nicht kontingenten, für das Bestehen jeder Gesellschaft notwendigen Regeln über die Art und Weise der Behandlung des jeweils anderen entspricht[44]. Ein prozedurales Verständnis von Richtigkeit – und dies ist ein Charakteristikum der prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit – liegt vor, wenn die Richtigkeit einer Handlung sich nach Entscheidungsverfahren beurteilt. Formal wird die Bestimmung der Richtigkeit, wenn man sie allein von einem formalen Kriterium abhängen lässt, beispielsweise dem größtmöglichen Gesamt- oder Durchschnittsnutzens[45]. Auch ein solches formales Verständnis ist geeignet, den Gerechtigkeitsbegriff auszufüllen. Diese *Offenheit*

---

41 Dazu oben S. 48 (Transponierbarkeitsthese).

42 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 242.

43 Dazu unten S. 63 (engere Gerechtigkeitsbegriffe).

44 Vgl. *B. Gert,* Die moralischen Regeln (1966), S. 116 ff. (129) – die ersten fünf Regeln: verursache keinen Tod, keine Scherzen, keine Unfähigkeit, keinen Freiheitsverlust, keinen Lustverlust.

45 Dazu unten S. 154 (Utilitarismus).

unterscheidet die hier vorgenommene Begriffsbestimmung von anderen, engeren Ansätzen[46].

3. *Der Sollensbezug (D_{1D} D_{1A})*

Neben dem Handlungs- und Richtigkeitsbezug besteht bei allen Gerechtigkeitsurteilen begriffsnotwendig ein Sollensbezug, der im Merkmal der 'Pflichtigkeit' ausgedrückt ist. Die Vornahme der gerechten Handlung ist für den Handelnden eine moralische Pflicht, und die Gegenseite hat auf sie ein moralisches Recht[47]. Wer sagt, es gebe nur eine einzige gerechte Handlungsalternative, der drückt damit gleichzeitig aus, daß diese Handlung vorgenommen werden muß. Wer behauptet, er sei ungerecht behandelt worden, der rügt gleichzeitig eine Verletzung seiner (moralischen) Rechte. Durch diesen doppelten *begriffsimmanenten Sollensbezug (Pflicht und Recht)* unterscheidet sich die Gerechtigkeit in D_1 von *Nächstenliebe, Großzügigkeit, Barmherzigkeit, Sympathie, Mitleid, Solidarität, Dankbarkeit, Freundschaft, Vergebung* oder *Liebe*[48]. Wer beispielsweise sagt, er habe aus Nächstenliebe gehandelt, der impliziert (wie bei der Gerechtigkeit) die Richtigkeit des Handelns. Dennoch wäre ein Akt der Nächstenliebe keine Gerechtigkeit im Sinne von D_1, denn selbst wenn eine moralische Handlungspflicht aus der Nächstenliebe folgen sollte, so könnte sie jedenfalls nicht *eingefordert* werden. Sie wäre nur eine einseitige Tugendpflicht[49].

Gerechtigkeit wird durch den Sollensbezug zu einem Teil der Moral[50]. Dieses Spezialitätsverhältnis läßt sich – unabhängig davon, wie weit oder eng man den Begriff der Moral im übrigen faßt[51] – folgendermaßen skizzieren[52]:

---

46 Anders etwa die Begriffsbestimmung von *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 54 f., nach der die rein pragmatische Rationalität des Utilitarismus schon *begrifflich* nicht als Gerechtigkeit verstanden werden könne.

47 Zu dieser (moralischen, nicht notwendig auch juristischen) 'Rechtspflichtigkeit' vgl. *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 56 ff.: Moralphilosophisch werde bei Gerechtigkeit von *Rechtspflichten* gesprochen, also von solchen moralischen Pflichten, deren Erfüllung die Gegenseite einfordern kann, während im übrigen in der Moral nur (einseitige) *Tugendpflichten* bestünden. Die moralische Pflicht und ihre Einforderung beziehe sich dabei auf die Vornahme der Handlung, nicht hingegen auf die moralischen Motive des Handelns.

48 Vgl. die Gegenüberstellung bei *W.K. Frankena,* The Concept of Social Justice (1962), S. 4 und *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 234 sowie die Aufzählung bei *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 55 f.

49 Vgl. *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 56 f.

50 Vgl. *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 357: »[I]nsofern liegt Gerechtigkeit innerhalb des Bereiches der Moral.«

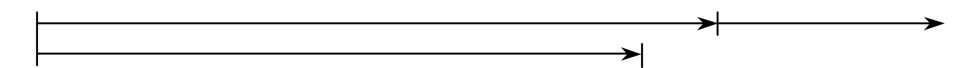
51 Auf die damit angesprochenen terminologischen Differenzen kann hier nicht ausführlich eingegangen werden. Hier wird, wie bei *Habermas,* für die Frage praktischer Philosophie (»Was soll ich tun?«) zwischen pragmatischer, ethischer und moralischer Perspektive mit den ihnen entsprechenden Gegenständen des Zweckmäßigen, des Guten und des Gerechten unterschieden – *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 100 ff.; dazu unten S. 92 ff. (Vernunftgebrauch). Unter allen praktischen Fragen heben sich nach *Habermas* die moralischen dadurch heraus, daß sie einer vernünftigen Begründung zugänglich seien; dies seien aber nur die Gerechtigkeitsfragen, weil evaluative Aussagen über das (eigene) gute Leben nicht weiter begründbare Präferenzen ausdrückten; *J. Habermas,* Moralität und Sittlichkeit (1986), S. 25; *ders.,* Was macht eine Lebensform rational? (1988), S. 39. Andere Au-

Normale Moral

Tugendpflicht – kann nicht eingefordert werden
(betrifft jedes Handeln, selbst solches ohne Sozialbezug)

Supererogatorische Moral

keine Pflicht



Gerechtigkeit

Rechtspflicht – kann eingefordert werden
(betrifft nur Handeln mit Sozial- und Gleichheitsbezug)

Die Skizze zeigt, daß sich Gerechtigkeit durch ihre besondere Rechtspflichtigkeit sowohl von einfacher als auch von supererogatorischer Moral unterscheidet. Der barmherzige Samariter, der dem Fremden uneigennützig Hilfe leistet[53], handelt ganz ohne moralische Pflicht; er tut mehr, als von der normalen Moral oder der Gerechtigkeit gefordert ist (supererogatorische Moral)[54]. Die Kunstbesitzerin, die ihr Werk vor drohendem Verfall bewahrt, folgt einer Tugendpflicht, die niemand einfordern kann (normale Moral). Die Mutter, die ihre Kinder gleich beschenkt, folgt einer moralischen Rechtspflicht auf Gleichbehandlung (Gerechtigkeit); ein Kind hat das moralische Recht, diese Gleichbehandlung einzufordern[55].

Die Skizze zeigt auch, daß es in der Gerechtigkeit – anders als in der Moral – keinen 'optionalen' oder 'supergerechten' Bereich gibt, der noch gerecht, aber nicht mehr gefordert ist, weil er die normalen Grenzen menschlicher Natur überschreitet[56]. Was

---

toren bezeichnen als 'Moral' nur die Summe tatsächlich vorfindlicher Handlungsmaximen, als 'Ethik' die Wissenschaft von der so verstandenen Moral und als 'Gerechtigkeitsethik' nur die vertragstheoretische Begründung moralischer Normen; vgl. *A. Pieper,* Ethik (1991), S. 17 ff., 240 ff.; *D. Sturma,* Gerechtigkeitsethik (1992), S. 281 ff.

52 Vgl. oben Fn. 47 (Tugend- und Rechtspflichten).

53 Lukas 10, 30-37.

54 *T. Nagel,* The View from Nowhere (1986), S. 203: »Supererogatory virtue is shown by acts of exceptional sacrifice for the benefit of others. Such acts are praiseworthy and not regarded as irrational, but they are not thought to be either morally or rationally required.« Ähnlich *S. Kagan,* The Limits of Morality (1989), S. 291 ff. – »extremist« morality; *ders.,* Normative Ethics (1998), S. 155: »*supererogatory* (a term traditionally used to mark acts that, although meritorious, are not obligatory)« (Hervorhebung bei *Kagan*). Die Moraltheorie unterscheidet grundsätzlich zwischen normalen moralischen Pflichten und solchen moralischen Handlungen, die über die Pflichtigkeit hinausgehen (*supererogatory actions*). Wo eine solche Unterscheidung unmöglich ist, wie im klassischen Utilitarismus, wird dies als Schwäche der Theorie empfunden; *S. Kagan,* Normative Ethics (1998), S. 153 ff. Zu Korrekturmöglichkeiten im Rahmen eines 'korrekt interpretierten' Utilitarismus siehe *J.C. Harsanyi,* Maximin Principle (1975), S. 601 f.

55 Vgl. *J. Lucas,* On Justice (1980), S. 38 f. – Anspruch auf Gerechtigkeit; *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 190: »Gerechtigkeitsfragen betreffen die in interpersonellen Konflikten strittigen Ansprüche«; *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 40: »Gerechtigkeitsgrundsätze sind nie supererogatorisch.«

56 Vgl. zur entsprechenden Begründung des optionalen Status der Supermoralität *T. Nagel,* The View from Nowhere (1986), S. 204.

gerecht ist, ist immer auch gefordert. Entsprechend stellt sich das Verlangen nach Gerechtigkeit anders dar als etwa das Verlangen nach Gnade: Gerechtigkeit wird gefordert, um Gnade muß man bitten.

Der 'Pflichtigkeit' eines Handelns steht nicht entgegen, daß es verschiedene Handlungsweisen geben kann, die gerecht sind. Bestimmte Fragen, zum Beispiel die Festsetzung des Wahlalters, lassen unterschiedliche Antworten zu, die alle gleichermaßen gerecht sind[57]. Die Pflicht beschränkt sich dann darauf, eine der gerechten Handlungen vorzunehmen. Dieses Phänomen der Unschärfe des Gerechtigkeitsurteils tritt bei prozeduraler Gerechtigkeit auf, wenn es an einem verfahrensexternen Kriterium der Ergebnisgerechtigkeit fehlt[58].

Obwohl verschiedene Handlungen gerecht sein können, gibt es zwischen ihnen *keine Grade der Gerechtigkeit.* Der Sollensbezug besteht ganz oder gar nicht. Bei der Gerechtigkeit in D_1 kann nicht von einer gerechten, einer noch gerechteren und der gerechtesten Handlung gesprochen werden. Zwar gibt es umgangssprachlich die 'gerechteste Lösung', doch ist eine solche Formulierung nur ein Platzhalter für die genauere Aussage, daß es sich um eine besonders gut begründete Wahl unter mehreren gerechten Lösungen handelt. *'Gerecht'* ist kein graduelles Prädikat, sondern es ist wie jeder Geltungsanspruch »binär kodiert«[59]. Wie ein Schwellenwert zeigt es an, ob eine Handlung noch im erlaubten Bereich liegt oder bereits in den moralischen Verbotsbereich der Ungerechtigkeit umschlägt. Von einer einzelnen Handlung sagen wir deshalb nicht, sie sei 'fast gerecht' oder 'äußerst gerecht'. Zwischen Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit besteht vielmehr ein Verhältnis der *exklusiven Alternativität.* Eine Handlung ist entweder gerecht oder ungerecht, eine Zwischenstufe gibt es begrifflich nicht. Zwar können Situationen der Ungewißheit und Unentscheidbarkeit nicht ausgeschlossen werden – sie treten sogar recht häufig auf. Wenn aber ein Urteil über die Frage der Gerechtigkeit nicht gefällt werden kann, so bedeutet dies, daß eine Pflichtigkeit des Handelns nicht zu begründen ist. Im Ergebnis muß diese Handlungsweise dann als gerecht und erlaubt angesehen werden, denn es gilt auch umgekehrt: Was nicht ungerecht ist, ist gerecht.

Gelegentlich wird Gerechtigkeit nicht nur *deontologisch* als Pflichtigkeit, sondern auch *axiologisch* als Werthaftigkeit (bzw. personenbezogen als Tugendhaftigkeit) konzipiert[60]. Man könnte den Unterschied folgendermaßen ausdrücken[61]:

---

57 Mit diesem Beispiel *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 237.

58 Dazu unten S. 127 (Formen der definitorischen Gerechtigkeit).

59 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 284: »Geltungsansprüche sind binär kodiert und lassen ein Mehr oder Weniger nicht zu«.

60 Deontologisch sind Prädikate, die etwas als 'pflichtig' vorschreiben (Präskription innerhalb einer Pflichtenlehre). Axiologisch sind demgegenüber Prädikate, die etwas als 'gut' bewerten (Evaluation innerhalb einer Wertlehre). Zu einer Formalisierung dieses Unterschieds im Gerechtigkeitsbegriff siehe *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 59.

61 Vgl. oben S. 50 (handlungsbezogene Definition D_1); unten S. 75 (normbezogene Definition D_{1N}).

D_{1D}: Gerechtigkeit im deontologischen Sinn ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit.

D_{1A}: Gerechtigkeit im axiologischen Sinn ist die Richtigkeit und Werthaftigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit.

Gerechtigkeit wird nach D_{1D} und D_{1A} unterschiedlich begründet. Wer beispielsweise begründen will, daß es gerecht ist, allen Kindern gleich viel zu schenken, würde das deontologisch dadurch erklären, daß die Handlungsweise aus sich selbst heraus richtig und pflichtig ist. Axiologisch wäre die Gerechtigkeit der Handlungsweise damit zu erklären, daß das Ergebnis einer gleichen Geschenkverteilung 'gut' und die Handlung um dieses Zieles willen (teleologisch) *wertvoll* ist. Grundsätzlich impliziert eine derartige Werthaftigkeit noch nicht, daß etwas auch gesollt ist, denn es ist ein Unterschied, ob etwas als 'gut' bezeichnet wird, oder ob es außerdem als 'geboten', 'verboten' oder 'erlaubt' gilt – axiologische Sätze bedingen deontologische Aussagen grundsätzlich nicht[62]. Beim Gerechtigkeitsbegriff ist das anders. Wer sagt, ein Handeln sei so wertvoll, daß ohne dieses Handeln keine Gerechtigkeit mehr bestünde, der sagt damit implizit, daß das Handeln auch gefordert ist[63]. Der Sollensbezug ist ein begriffsnotwendiger Teil der Gerechtigkeit. Ein axiologisches Verständnis der Gerechtigkeit bietet darum keine *vollständige* Beschreibung des Gerechtigkeitsbegriffs. D_{1A} wird deshalb im folgenden nicht verwendet.

4. *Der Sozialbezug*

Alle Gerechtigkeitsurteile weisen ferner einen Sozialbezug auf, da Gerechtigkeit nur Handeln betrifft, das sich auf andere Personen richtet[64]. Was der Eremit in der Wüste oder ein Schiffbrüchiger auf der Insel für sich selbst als Handlungsnorm gelten lassen, ist zwar Teil ihrer jeweiligen Individualmoral, wirft aber keine Fragen der *Gerechtigkeit* auf. Nicht jede moralische Frage ist gleichzeitig eine Frage der Gerechtigkeit[65]. So berührt beispielsweise ein Suizid in der Privatsphäre moralische Fragen,

---

[62] Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 221: »die in normativen Aussagen (Wert- und Verpflichtungsurteilen) vorkommenden normativen Ausdrücke wie ‚gut' oder ‚gesollt'«. Die Werthaftigkeit impliziert grundsätzlich nicht die Pflichtigkeit. Nur umgekehrt gilt die Regel: die Pflichtigkeit impliziert die Werthaftigkeit – deontologische Sätze konstituieren axiologische Aussagen; vgl. *H. Kelsen,* Reine Rechtslehre (1960), S. 16 ff. (17): »Eine objektiv gültige Norm, die ein bestimmtes Verhalten als gesollt setzt, konstituiert einen positiven oder negativen Wert.« So erklärt sich die Aussage, daß »Gerechtigkeitsurteile letztlich Werturteile seien«, *M. Kriele,* Kriterien der Gerechtigkeit (1963), S. 30.

[63] So im Ergebnis auch *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 61 ff.; bei der Gerechtigkeit als einem moralischen Wertprädikat gelte allerdings (ausnahmsweise) ein 'Brückenprinzip', nach dem alles, was als gerecht *bewertet* werden kann auch als pflichtig *geboten* ist.

[64] *G. Del Vecchio,* Die Gerechtigkeit (1950), S. 2, 45; *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 357; *W. Brugger,* Gesetz, Recht, Gerechtigkeit (1989), S. 5; *M. Fisk,* Justice and Universality (1995), S. 225 ff.

[65] *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 233.

nicht aber solche der Gerechtigkeit[66]. Erst wenn das Handeln auch andere Personen betrifft, kann es sinnvoll als 'gerecht' oder 'ungerecht' bezeichnet werden[67].

Das in der Begriffsbestimmung in D_1 vorausgesetzte Handeln 'in bezug auf andere' ist eine Kurzform für 'Handeln eines Gerechtigkeitssubjekts mit Auswirkung auf mindestens ein anderes Gerechtigkeitssubjekt'. Damit setzt sich D_1 einer kritischen Frage aus, die auch in der allgemeinen Moraldiskussion gestellt wird: Wer oder was ist taugliches Subjekt und Objekt eines als moralisch oder gerecht zu beurteilenden Handelns? Genauer: Wer ist tauglicher Adressat (Moralsubjekt, *moral agent*) und wer oder was ist tauglicher Gegenstand (Objekt) moralischer Pflichten bzw. wer oder was ist tauglicher Inhaber moralischer Rechte? Die Diskussion in der Morallehre konzentriert sich dabei auf die Frage, inwieweit künftige Generationen, Föten und nichtmenschliche Entitäten (Tiere, belebte Natur, unbelebte Natur) Moralsubjekte und -objekte sein können. Diese Diskussion findet ihre Parallele in der Gerechtigkeitsdiskussion, da man zum Beispiel sinnvoll fragen kann, ob es auch ungerechtes Handeln gegenüber Tieren, Föten oder künftigen Generationen gibt. Die Begriffsbestimmung in D_1 bleibt gegenüber den verschiedenen Konkretisierungsmöglichkeiten bewußt offen. Für die Zwecke dieser Arbeit wird später eine vorläufige, enge Konkretisierung vorzunehmen sein, die aber nachträgliche Weiterungen nicht ausschließt[68].

5. *Der Gleichheitsbezug*

In D_1 bedeutet 'unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit', daß ein Gerechtigkeitsurteil die Frage einschließt, ob die Behandlung des einen angemessen ist, wenn man sie mit der Behandlung des anderen vergleicht[69]. Dieser Gleichheitsbezug entspricht sowohl dem klassisch-aristotelischen (a, b) als auch dem normalsprachlichen Begriffsverständnis (c), ist aber gleichwohl nicht frei von Kritik (d).

a) *Zum aristotelischen Gerechtigkeitsbegriff*

In der aristotelischen Ethik, die für das Verständnis von Gerechtigkeit als Gleichheit bis heute paradigmatisch ist[70], findet sich ein Gleichheitsbezug in beiden Formen der

---

66 Ebenso *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 357; *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 202; zu anderen möglichen Abgrenzungen von Moral und Gerechtigkeit vgl. oben Fn. 51.

67 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 51. Ganz anders stellt sich ein *rechtliches* Verbot des Suizids oder ein Gebot der Rettungshandlung dar. Allein durch die Regelung als Rechtsnorm wird ein Sozialbezug begründet.

68 Dazu unten S. 114 ff. (Erweiterbarkeitsthese); S. 359 (Gerechtigkeit gegenüber der Natur).

69 Zu dieser Deutung der Gerechtigkeit als Gleichheit vgl. die grundrechtsdogmatische Arbeit von *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 29 ff. Umgekehrt wird gelegentlich der Vergleichsmaßstab innerhalb des Gleichheitssatzes an den Gerechtigkeitszielen orientiert: *P. Kirchhof,* Der allgemeine Gleichheitssatz (1992), § 124 Rn. 21. Nähme man beide Beziehungen zusammen, so müßte eine *Identität* resultieren; materielle Gleichheit wäre gleichbedeutend mit Gerechtigkeit.

70 *C. Perelman,* Eine Studie über die Gerechtigkeit (1945), S. 22 f.; *R. Dreier,* Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems (1974), S. 195; zur Bedeutung der Gleichheit auch *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 36 ff.

besonderen Gerechtigkeit (*iustitia particularis*)[71]. In der ausgleichenden Gerechtigkeit, die einerseits aus der Tauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und andererseits aus der Wiedergutmachungs- und Strafgerechtigkeit (*iustitia restitutiva, iustitia vindicativa*) besteht, muß jedem Besitzübergang und jeder Verletzung eine *gleich* gewichtige Gegenleistung oder Sanktion entsprechen. In der verteilenden Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) müssen Gleiche proportional *Gleiches* erhalten. Nun wäre es naheliegend, Gerechtigkeit in Anlehnung an das aristotelische Verständnis als »Richtigkeit in bezug auf Verteilung und Ausgleich«[72] zu definieren, um so die unterschiedlichen Facetten des Gleichheitsbezugs in D_1 weiter auszudifferenzieren. Dagegen spricht aber, daß es oft nur eine Frage der Perspektive ist, ob man eine soziale Situation unter Verteilungs- oder unter Ausgleichsaspekten analysiert[73]. D_1 bietet demgegenüber den Vorteil, daß offen bleiben kann, ob eine Verteilungs- oder Ausgleichsproblematik vorliegt. Im übrigen ergibt sich kein Unterschied zwischen den Definitionsansätzen, weil *jeder* Gleichheitsbezug entweder unter Verteilungs- oder unter Ausgleichs-, häufig sogar unter *beiden* Gesichtspunkten beschrieben werden kann. Es ist mit D_1 folglich vereinbar, die im Begriff 'Gerechtigkeit' in Bezug genommenen Gleichheitsprobleme als Summe aller Verteilungs- und Ausgleichsprobleme zu verstehen; allerdings wäre es wohl ein Trugschluß, davon eine höhere Spezifität des Gerechtigkeitsbegriffs zu erwarten.

Aristoteles unterscheidet neben diesen Formen der besonderen Gerechtigkeit auch noch eine allgemeine Gerechtigkeit (*iustitia universalis*), verstanden als den Gesetzesgehorsam der Bürger[74]. Gerechtigkeit in diesem Gehorsamssinne setzt begrifflich keine Gleichheit voraus, denn jeder kann ungeachtet des Verhaltens anderer Gesetzesgehorsam üben oder nicht. Diese weitere Konnotation des Gerechtigkeitsbegriffs ist indes in der politischen Philosophie und Rechtstheorie nicht gleichermaßen rezipiert worden. Dafür gibt es gute Gründe. Denn entweder versteht man den Rechtsgehorsam bezogen auf das positive Recht, dann bietet ein solcher Gerechtig-

---

71 *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, S. V 5 (1130b 5 ff.). Zur Struktur der aristotelischen Gerechtigkeitsbegriffe siehe *P. Trude,* Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie (1955), S. 53 ff. (allgemeine Gerechtigkeit), 98 ff. (besondere Gerechtigkeit); *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 102 ff.; *C.-W. Canaris,* Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1993), S. 9 ff.; *U. Manthe,* Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles (1996), S. 1 ff., 26 ff.; *ders.,* Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpians (1997), S. 8 ff. In der Scholastik deutete *Thomas von Aquin* die aristotelische Klassifizierung weiter aus: *iustitia distributiva* ist die Rechte und Pflichten gegenüber der Gemeinschaft festlegende Gerechtigkeit, *iustitia commutativa* hingegen die Rechte und Pflichten der einzelnen untereinander ausgleichende Gerechtigkeit; vgl. *Thomas von Aquin,* ST, II-II, 61, 1 (Antwort zu 3. & 5.) in der Übersetzung von *Groner:* »Das Verteilen der gemeinschaftlichen Güter steht allein dem Verantwortlichen für die Gemeinschaftsgüter zu. ... Verteilungs- und Tauschgerechtigkeit unterscheiden sich nicht nur wie Eins und Viel, sondern auch nach ihrem verschiedenen Geschuldetsein: etwas anderes ist es nämlich, jemandem etwas vom Gemeingut, etwas anderes, ihm sein Eigengut zu schulden.« Zu anderen Gerechtigkeitsstudien in der abendländischen Philosophie siehe *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 36 ff. m.w.N.

72 *R. Alexy,* Gerechtigkeit als Richtigkeit (1997), S. 105.

73 So auch *R. Alexy,* Gerechtigkeit als Richtigkeit (1997), S. 104 (Mutter-Kind-Beispiel).

74 *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, S. V 2 (1129b 11-14). Vgl. *P. Trude,* Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie (1955), S. 54 – wörtlich: Gesetzes- und Rechtsgehorsam.

keitsbegriff kein Kriterium für die Richtigkeit staatlicher Gesetze[75], oder man bezieht ihn auf das vorpositive, 'richtige' Recht[76], dann wird der Begriff der allgemeinen Gerechtigkeit zirkulär, denn Maßstäbe für richtiges Recht können nur in den Formen der besonderen Gerechtigkeit gefunden werden. Wer heute von Gerechtigkeit im aristotelischen Sinne spricht, meint deshalb nicht Gesetzesgehorsam, sondern nur die beiden Formen der besonderen Gerechtigkeit und damit letztlich immer eine Gerechtigkeit mit Gleichheitsbezug.

b) *Zur Verteilungsgerechtigkeit*

Auch die zentrale Bedeutung der Verteilungsgerechtigkeit (*distributive justice*), besonders in der Form der *sozialen Gerechtigkeit*[77], trägt dazu bei, daß der Gleichheitsbezug zu den Kernelementen des Gerechtigkeitsbegriffs gerechnet wird. Die Verteilungsgerechtigkeit ist in der Rezeption des aristotelischen Gerechtigkeitsbegriffs so dominant, daß sie teils als die einzige, alles umfassende Form der Gerechtigkeit angesehen wird[78]. Ein derart weiter Begriff der Verteilungsgerechtigkeit entsteht, wenn man mit Gerechtigkeit die Verteilung nicht nur der materiellen Güter, sondern aller Vor- und Nachteile identifiziert – also beispielsweise auch 'Güter' in Form von Freiheitsrechten und 'Lasten' in Gestalt von Steuerzahlungs- und Militärdienstpflichten. Gerade in den empirischen Studien der Rechtssoziologie und Sozialpsychologie wird Verteilungsgerechtigkeit regelmäßig mit Ergebnisgerechtigkeit (*outcome justice*) und substantieller Gerechtigkeit (*substantive justice*) gleichgesetzt. Auch in der politischen Philosophie wurde die Suche nach einem allgemeinsten Verteilungsprinzip durch *Rawls* Differenzprinzip[79] neu angestoßen und illustriert das Gewicht, das die Verteilungsgerechtigkeit hat. Jeder Verteilung ist eine Gleichheitsproblematik immanent – selbst für diejenigen, die den Gerechtigkeitsbegriff ohne das Element der Gleichheit

---

75 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 103; *W. Kersting,* Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes (1998), S. 371.

76 Zur Möglichkeit einer anderen Bedeutung als der des staatlichen Gesetzes vgl. *P. Trude,* Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie (1955), S. 55: »Seine [des Wortes 'Gesetz'] begriffliche Bedeutung in der aristotelischen [Philosophie] ist vielmehr eine weitere, einerseits nämlich die alte im Sinne von Sitte und Gewohnheit und andererseits die neue im Sinne eines mit Zwangsgewalt verbundenen Gesetzes«. Sowie ebd., S. 57: »Die allgemeine Gerechtigkeit ist demnach ... diejenige Art der Gerechtigkeit, welche die Befolgung jeder das Gemeinschaftsleben regelnden Rechtsnorm anordnet.«

77 Soziale Gerechtigkeit bezeichnet die gerechte Verteilung von Gütern in einem Gemeinwesen. Das Verteilungsergebnis kann dabei außer durch Verteilungshandlungen (Distribution) auch durch Ausgleichshandlungen (Restitution) beeinflußt werden. Ähnlich auch *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 162 f.

78 So etwa bei *R.M. Hare,* Moralisches Denken (1981), S. 226; ebenfalls in diese Richtung *G. Del Vecchio,* Die Gerechtigkeit (1950), S. 59 (»erhabenste Einzelart«); *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 103 ff. (105): Die Verteilungsgerechtigkeit betreffe die Gewährung von Vergünstigungen und die Auferlegung von Belastungen aller Art, d.h. die Verteilung von Rechten und Pflichten, wobei es einen »engen Zusammenhang zwischen Problemen der Tausch- und solchen der Verteilungsgerechtigkeit« gebe. Zum Begriff der Verteilungsgerechtigkeit *M. Kriele,* Kriterien der Gerechtigkeit (1963), S. 45 ff. (46); *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 259; *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 203; *R. Spaemann,* Moralische Grundbegriffe (1994), S. 50 ff.

79 Dazu unten S. 203 (Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit).

verstehen wollen, ist die *Verteilungs*gerechtigkeit begriffsnotwendig mit dem Gleichheitsprinzip verknüpft[80]. Durch diesen Zusammenhang zwischen Verteilung und Gleichheit trägt die zentrale Stellung der Verteilungsgerechtigkeit mit dazu bei, daß der Gerechtigkeitsbegriff ohne einen Aspekt der Gleichheit kaum mehr gedacht werden kann.

c) *Zum normalsprachlichen Gerechtigkeitsbegriff*

Als Prüfstein einer Gerechtigkeitsdefinition empfiehlt sich unter anderem der allgemeine Sprachgebrauch[81]. Auch die normale Sprache (*ordinary language*) verbindet mit den Prädikaten 'gerecht' und 'ungerecht' stets einen Gesichtspunkt der Gleichheit[82]. Wer seine Angestellten gleichmäßig schlecht behandelt und bezahlt ist zwar ein 'schlechter Chef'; zum 'ungerechten Chef' wird aber erst derjenige, der sie außerdem (grundlos) *ungleich* behandelt oder bezahlt (Verteilungsgerechtigkeit). Man könnte allerdings die 'Ungerechtigkeit' in dem Mißverhältnis zwischen aufgewandter Mühe und erzieltem Lohn sehen. Doch auch dann schwingt ein Gleichheitsbezug mit, nämlich derjenige über das *gleiche Gewicht* von Leistung und Gegenleistung (Ausgleichsgerechtigkeit)[83].

Was wir umgangssprachlich als Gleichheitsbezug fordern, ist bei alledem sehr anspruchslos. In den meisten Fällen genügt es, wenn das auf andere bezogene Handeln irgendwie in seiner *Regelhaftigkeit* beurteilt wird. Wenn beispielsweise von drei Freunden, die beim Umzug geholfen haben, nur zwei zum Dank zu einer Feier eingeladen werden, dann ist dies 'ungerecht', weil die drei untereinander grundlos ungleich behandelt werden. Doch selbst dann, wenn überhaupt keine Feier stattfindet, alle drei also insoweit gleichgestellt sind, könnte sinnvoll von 'Ungerechtigkeit' die Rede sein, dann nämlich, wenn die Regelhaftigkeit, die den Gleichheitsbezug begründet, in einem anderen Umstand liegt, z.B. dem, daß sonst konventionsgemäß

---

80 Z.B. *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 242 und S. 258 f.: »Aristotle thought that all forms of Justice could be explicated in terms of Equality, but his account is confused and his analysis awkward. With social or 'distributive' justice, ... however, some considerations of Equality are involved.«

81 Vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 97: »Leitfaden zur Ermittlung des Gerechtigkeitsbegriffs«; *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 66: »Eine Definition gilt als intersubjektiv vertretbar, wenn der durch sie konstituierte Begriff mit dem üblichen Sprachgebrauch des bezüglichen Wortes in Einklang steht, ...«; *M. Kriele,* Kriterien der Gerechtigkeit (1963), S. 39: »Die erste Frage ist also: Wie wird der Begriff der Gerechtigkeit überhaupt verstanden?«; *L. Wittgenstein,* Philosophische Untersuchungen I (1953), Nr. 116: »Wenn die Philosophen ein Wort gebrauchen – 'Wissen', 'Sein', 'Gegenstand', 'Ich', 'Satz', 'Name' – und das *Wesen* des Dings zu erfassen trachten, muß man sich immer fragen: Wird denn dieses Wort in der Sprache, in der es seine Heimat hat, je tatsächlich so gebraucht? – *Wir* führen die Wörter von ihrer metaphysischen wieder auf ihre alltägliche Verwendung zurück.« (Hervorhebungen bei *Wittgenstein*).

82 Vgl. *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 153 f.: »A man guilty of gross cruelty to his child would often be judged to have done something morally *wrong, bad,* or even *wicked* or to have disregarded his moral *obligation* to his child. But it would be strange to criticize his conduct as *unjust.* ... 'Unjust' would become appropriate if the man had arbitrarily selected one of his children for severer punishment than those given the others guilty of the same fault« (Hervorhebung bei *Hart*).

83 Vgl. dazu schon oben S. 56 (aristotelischer Gerechtigkeitsbegriff).

immer eine Dankesfeier veranstaltet wird. Die Nichtveranstaltung der Feier trifft dann alle drei als Ungerechtigkeit, weil es eine Sozialregel gibt, nach der ihnen eine Belohnung zusteht. Allgemein gilt danach: Wenn ein Verteilungs- oder Ausgleichsprinzip hinzugezogen wird, dessen Anwendung eine Handlung fordert, dann begründet das Zuwiderhandeln bezogen auf die gleichmäßige Verwirklichung des Prinzips eine Ungleichbehandlung und damit (umgangssprachlich) eine Ungerechtigkeit.

d) Zur Kritik am Gleichheitsbezug

Trotz der breiten Akzeptanz eines auf Gleichheit bezogenen Gerechtigkeitsbegriffs ist die Einbeziehung des Gleichheitskriteriums in die Begriffsbestimmung von D_1 problematisch. Die auf *Aristoteles* zurückgehende Identifikation von Gerechtigkeit und Gleichheit ist mit einiger Berechtigung als eine unbegründete Beschränkung kritisiert worden[84]. Denn die Annahme eines begrifflich notwendigen Gleichheitsbezugs läuft Gefahr, wichtige Aspekte des Gerechtigkeitsbegriffs in Gerechtigkeitstheorien auszublenden. Identifiziert man nämlich die Suche nach Gerechtigkeit im Recht mit der Suche nach Kriterien für *richtiges Recht*[85], so kann diese Suche nicht bei gleichheitsbezogenen Kriterien verharren. Sonst müßte Gerechtigkeit schon immer dann angenommen werden, wenn alle Betroffenen *ausnahmslos gleich schlecht* behandelt werden – eine (vorsichtig ausgedrückt) »mißliche Konsequenz«[86].

Gerechtigkeitstheorien müssen, da sie auch eine gleichmäßig schlechte Behandlung aller Betroffenen in bestimmten Fällen als 'ungerecht' beurteilen, mit einem *weiten* Gerechtigkeitsbegriff operieren. Dieser weite Begriff der Gerechtigkeit läßt sich sowohl in der politischen Philosophie als auch in der Rechtstheorie neben anderen, engeren Gerechtigkeitsbegriffen (Einzelfallgerechtigkeit[87], Fairneß[88]) nachweisen[89]. Er identifiziert *Gerechtigkeit* mit *Richtigkeit schlechthin,* also nicht bloß mit *gleich-*

---

84 *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 242: »Justice itself is not Equality. Aristotle, at the cost of great artificiality, made out that it was, and has been too much quoted and too little criticized.« Kritisch zum Gleichheitskriterium auch *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 76 f.: »Es gibt indessen schwerwiegende Bedenken gegen die Wahl von 'Gleichheit' als Wesensmerkmal des Begriffes 'gerecht'«; ähnlich: *ders.,* Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit (1971), S. 58 ff.; *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 222.

85 Dazu oben Fn. 28 (Gerechtigkeit des Rechts gleichbedeutend mit 'richtigem Recht').

86 *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 222.

87 Dazu unten S. 63 (engere Gerechtigkeitsbegriffe).

88 Dazu unten S. 121 (Begriff der Fairneß). Zur Dichotomie einer Gerechtigkeit als Fairneß und einer Gerechtigkeit in einem umfassenderen Sinne vgl. etwa: *N. Rescher,* Distributive Justice (1966), S. 90: »There is *justice in the narrower sense of fairness,* on the one hand, and on the other, *justice in a wider sense, taking account of the general good.*« (Hervorhebungen bei *Rescher*).

89 Für einen weiten Gerechtigkeitsbegriff etwa *M. Rümelin,* Die Gerechtigkeit (1920), S. 50; *W.K. Frankena,* The Concept of Social Justice (1962), S. 3 ff. (10); *A. Gewirth,* Political Justice (1962), S. 125; *B. Rüthers,* Warum wir nicht genau wissen, was 'Gerechtigkeit' ist (1987), S. 19 ff. (22 f.: Rechtssicherheit als eines unter mehreren Merkmalen der Gerechtigkeit); *ders.,* Das Ungerechte an der Gerechtigkeit (1991), S. 17 ff.; *R. Zippelius,* Rechtsphilosophie (1989), S. 75 ff., 106 ff.; *W. Welsch,* Vernunft (1995), S. 698 ff., 707 f. Zum Unterschied zwischen engem und weitem Begriff außerdem *W. Fikentscher,* Methoden des Rechts IV (1977), S. 188 ff. ('Sachgerechtigkeit' neben 'Gleichgerechtigkeit'); *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 195 ff.

heitsbezogener Richtigkeit, und nimmt insoweit eine Abweichung vom gleichheitsbezogenen Begriff im klassisch-aristotelischen Verständnis und im allgemeinen Sprachgebrauch in Kauf. *Gerechtigkeit im weiten Sinn* ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere.

Zur Bestimmung eines weiten Gerechtigkeitsbegriffs, wie ihn Gerechtigkeitstheorien erfordern, muß der Gleichheitsbezug in der Definition indes nicht ganz aufgegeben werden. Die Gerechtigkeitsdefinition in D_1 kann in einer Weise verstanden werden, die den Gleichheitsbezug aufrechterhält und dennoch für die Analyse von Gerechtigkeitstheorien tauglich ist. Das hat den Vorteil, daß der Gerechtigkeitsbegriff, der für die Analyse von Gerechtigkeitstheorien bestimmt wird, nicht in Widerspruch zur klassischen und umgangssprachlichen Wortbedeutung gerät. Der interpretatorische Weg hierzu wurde in dem obigen Beispiel eines Anspruchs auf eine Dankesfeier bereits angedeutet. Läßt man nämlich *jede Regelhaftigkeit* als Ausdruck von Gleichheit genügen, so wird alles Handeln mit Sozialbezug, für das irgendwelche Normen gelten oder gelten sollten, dem Gerechtigkeitsurteil zugänglich[90]. Um bei dem Beispiel zu bleiben: Die Helfer können das Ausbleiben einer Dankesfeier schon dann als ungerecht bezeichnen, wenn es eine soziale Norm gibt, nach der sie stattfinden müßte. Entsprechendes ergibt sich für Normen des positiven Rechts: Wann immer Rechte und Pflichten festgelegt werden, besteht ein Gleichheitsbezug bereits darin, daß diese Normen innerhalb eines gewissen Adressatenkreises für alle gleich gelten. So gesehen hat das gesamte positive Recht einen Gleichheitsbezug im Sinne von D_1 und damit Gerechtigkeitsrelevanz. Selbst jenseits des positiven Rechts können Normen der Moral geltend gemacht und dadurch Gleichbehandlungen eingefordert oder Ungleichbehandlungen gerügt werden. So hat beispielsweise die Idee universeller Menschenrechte einen Gleichheitsbezug im Sinne von D_1 und damit Gerechtigkeitsrelevanz.

Der Gleichheitsbezug in D_1 bedeutet *nicht,* daß der Gerechtigkeitsbegriff von vornherein etwas mit *materieller* Gleichheit zu tun hätte. So fordert Gerechtigkeit nicht schon begrifflich die gleichmäßige Berücksichtigung aller Interessen[91]. Solcherlei materielle Kriterien bleiben einer Konkretisierung der 'Richtigkeit' vorbehalten, sie gehören nicht bereits zum Begriff der Gerechtigkeit. Es gibt auch keinen Anlaß, materielle Anforderungen an den Gerechtigkeitsbegriff so zu formulieren, daß einzelne Theorien schon definitorisch aus dem Kreis der Gerechtigkeitstheorien verbannt werden[92]. Das hier vorgeschlagene Verständnis des Gerechtigkeitsbegriffs benutzt eine inhaltsoffene, weite Interpretation des Gleichheitsbezugs. Trotzdem besteht keine Gefahr, alle Moralfragen in solche der Gerechtigkeit umzudeuten[93], denn die wichtige Differenzierung zwischen sozialbezogenen Handlungsnormen (Gerechtigkeit) und Handlungsanweisungen insgesamt (Moral) bleibt in jedem Fall erhalten[94].

---

90 Vgl. unten S. 71 ff. (Normbegriff und normbezogene Gerechtigkeitsdefinition).

91 So aber *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 204.

92 So aber *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 74 ff. – Utilitarismus könne schon den Begriff der Gerechtigkeit nicht erfassen.

93 Zu dieser Gefahr mit Recht kritisch *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 204 f. mit Fn. 158.

94 Dazu oben S. 55 (Sozialbezug).

e) Ergebnisse

Um eine einzelne Handlung sinnvoll als 'gerecht' oder 'ungerecht' bezeichnen zu können, muß unter anderem auch ein Gleichheitsbezug bestehen. Dieser Gleichheitsbezug kann durch einen unmittelbaren Vergleich mit anderen Handlungen hergestellt werden ('A verdient X, weil B ebenfalls X erhalten hat!'). Er kann aber auch in einem Hinweis auf eine allgemeine Norm liegen ('A verdient X, weil jeder einen Anspruch auf X hat!'). Bei der normbezogenen Definition der Gerechtigkeit wird sich das Definitionselement 'unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit' deshalb als entbehrlich erweisen[95].

III. Zu einigen anderen Gerechtigkeitsbegriffen

Es gibt etliche Konkretisierungen des Gerechtigkeitsbegriffs, die mit der hier zugrundegelegten Definition nicht übereinstimmen, die aber gleichwohl ihre Berechtigung haben. Einige dieser Konkretisierungen sind so gebräuchlich, daß man insoweit von eigenen Gerechtigkeitsbegriffen sprechen kann. Die folgende Abgrenzung von diesen Begriffen dient dazu, die Elemente der mit D_1 zugrundegelegte Definition schärfer herauszuarbeiten.

1. Der formale Gerechtigkeitsbegriff

Formale Gerechtigkeit ist allein die gleichmäßige Befolgung von Prinzipien, der Gehorsam gegenüber einem System von Regeln, wie er sich juristisch im Begriff des Rechtsstaatsprinzips (*rule of law*) verkörpert findet[96]. Sie läßt sich unabhängig davon beurteilen, welche *Inhalte* als gerecht gelten; es kommt allein auf Gleichbehandlung an. In der Inhaltsunabhängigkeit liegt auch die Gemeinsamkeit, die formale Gerechtigkeit mit Systemgerechtigkeit hat. Unter Systemgerechtigkeit versteht man die Folgerichtigkeit einer Norm im Hinblick auf andere Normen, letztlich also die Konsistenz (innere Widerspruchsfreiheit) eines Systems von Normen, betrachtet unter dem Gesichtspunkt der systematischen Gleichbehandlung der Normadressaten[97].

Formale Gerechtigkeit ist nur insoweit ein Kerngehalt des Gerechtigkeitsbegriffs, als die Regelhaftigkeit im Sinne einer Universalität, also als Geltung *für alle,* gemeint ist[98]. Eine Regelhaftigkeit im Sinne von Abstraktheit steht demgegenüber zu jedem

---

95 Dazu unten S. 75 (D_{1N}).

96 Vgl. *C. Perelman,* Eine Studie über die Gerechtigkeit (1945), S. 58: »Definition der formalen Gerechtigkeit: *gerecht sein heißt eine Regel zu beachten, welche die Verpflichtung formuliert, alle Wesen einer bestimmten Kategorie auf eine bestimmte Weise zu behandeln.*« (Hervorhebung bei *Perelman*). Ihm insoweit folgend *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 10, S. 58; § 38, S. 235. Kritik zum Begriff der formalen Gerechtigkeit bei *J. Schroth,* Über formale Gerechtigkeit (1997), S. 497 ff.

97 Vgl. aus der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik: *U. Battis,* Systemgerechtigkeit (1977), S. 13 ff.; *P. Kirchhof,* Der allgemeine Gleichheitssatz (1992), § 124 Rn. 231 ff.; *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 386 ff.; anders S. 394 ff.; *W. Heun,* Artikel 3 GG (1996), Rn. 34.

98 Zu Regelhaftigkeit und Gerechtigkeitsbegriff bereits oben S. 60 ff. (Kritik am Gleichheitsbezug).

materialen Verständnis der Gerechtigkeit in einem Spannungsverhältnis[99]. Denn wer inhaltsbezogen differenzieren will, kann nicht mehr formal gleich behandeln[100]. Gerechtigkeitstheorien beschränken sich deshalb nicht auf formale Gleichbehandlung, sondern setzen Maßstäbe für eine inhaltsbezogene Differenzierung. In dem hier verwendeten Gerechtigkeitsbegriff (D_1) erschöpft sich die Richtigkeit einer Handlungsweise folglich nicht in der formalen Gleichförmigkeit des Handelns. Sowohl der Begriff der formalen Gerechtigkeit als auch derjenige der Systemgerechtigkeit sind zu eng, um als Grundbegriff einer Gerechtigkeitstheorie dienlich zu sein.

2. *Die engeren Gerechtigkeitsbegriffe*

In D_1 ist ein *weiter Gerechtigkeitsbegriff* bestimmt[101], bei dem alle Güter oder Werte (z.B. Gleichheit, Zweckmäßigkeit, Rechtssicherheit) in einem einzigen Richtigkeitsurteil über sozialbezogenes Handeln berücksichtigt werden: »Richtigkeit ... eines Handelns«[102] bedeutet *Richtigkeit schlechthin.* Von dem so definierten weiten Gerechtigkeitsbegriff sind mindestens drei *engere* Begriffsverständnisse zu unterscheiden.

Zunächst gibt es zwei Konzeptualisierungen der Einzelfallgerechtigkeit (*aequitas*), nämlich die Billigkeit sowie die (anglo-amerikanisch geprägte) *equity*. Die Billigkeit ist eine Gerechtigkeitsform, die der formalen Gerechtigkeit widerspricht, indem sie – sich auf die *ratio* der Gerechtigkeit berufend – eine *Ausnahme* von der Regel fordert, eingedenk der Warnung: *summum ius, summa iniuria*[103]. Die *equity* ist ebenfalls ein besonderer Fall der Einzelfallgerechtigkeit, der aber, anders als die Billigkeit, nicht

---

99 Im Ergebnis ebenso: *A. Zsidai,* Systemwandel und Beseitigung von Ungerechtigkeiten (1995), S. 506: »*Die formelle Gerechtigkeit ... bedeutet gerade das Ausschließen jeder materiellen Gerechtigkeitspostulate und Konzeptionen.«* (Hervorhebung bei *Zsidai).*

100 Dieser Zielkonflikt ist in der Gleichheitsrechtsdogmatik als Gegensatz zwischen formalem und materialem Gleichheitsverständnis bekannt. Vgl. etwa aus der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik zum Gleichheitssatz des Art. 3 I GG: *W. Heun,* Artikel 3 GG (1996), Rn. 58 ff. m.w.N.

101 Dazu oben Fn. 89 (Vertreter eines weiten Gerechtigkeitsbegriffs).

102 Vgl. oben S. 50 (D_1).

103 Vgl. *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, I 1 (1137a 32 ff.), übers. v. *O. Gigon*: »Die Schwierigkeit kommt daher, daß das Billige zwar ein Recht ist, aber nicht dem Gesetze nach, sondern als eine Korrektur des gesetzlich Gerechten. ... Dies ist also die Natur des Billigen, eine Korrektur des Gesetzes, soweit es auf Grund seiner Allgemeinheit mangelhaft ist.«; *G. Radbruch,* Gerechtigkeit und Gnade (1949), S. 333 – Billigkeit als 'Gerechtigkeit des Einzelfalls'; *ders.,* Rechtsphilosophie (1973), S. 123 – zum heuristischen Unterschied: »Die Gerechtigkeit sieht den Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Norm, die Billigkeit sucht im Einzelfall sein eigenes Gesetz, das sich schließlich aber gleichfalls zu einem allgemeinen Gesetz erheben lassen muß«; *W. Leisner,* Der Abwägungsstaat (1997), S. 230 ff. – »Gerechtigkeit durch Normdurchbrechung«. Außerdem *C. Perelman,* Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit (1965), S. 108: »Steht nicht außerdem die Billigkeit bisweilen einer gleichförmigen und sozusagen mechanischen Anwendung der selben Regel ohne Beachtung der Folgen entgegen?«; *K. Engisch,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit (1971), S. 180 ff. (181): »Dagegen betrifft augenscheinlich die Billigkeit die Beziehung der abstrakten Norm zum konkreten Einzelfall bei Anwendung jener auf diesen.« Ferner *H. Henkel,* Einführung in die Rechtsphilosophie (1964), S. 327: »Billigkeit ist also nichts von der Gerechtigkeit Wesensverschiedenes oder ihr gegenüber Gegensätzliches; sie ist vielmehr nur der Ausdruck der *einen* der beiden im Widerstreit befindlichen Tendenzen der Gerechtigkeit: *Einzelfallgerechtigkeit.*« (Hervorhebung bei *Henkel*).

ein Regel-Ausnahme-Verhältnis andeutet, sondern vielmehr ein Einzelergebnis der Verteilungsgerechtigkeit[104]. Den Formen der Einzelfallgerechtigkeit soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

Interessant als Gegensatz zum weiten Begriff in D_1 erscheint vor allem der enge Gerechtigkeitsbegriff, der von *Radbruch* systematisch bestimmt wurde und seitdem in der juristischen Literatur große Verbreitung findet. Er soll hier *juristischer Gerechtigkeitsbegriff* genannt werden. Der juristische Gerechtigkeitsbegriff versteht Gerechtigkeit als eine unter mehreren spezifischen Ideen des Rechts; er stellt der Gerechtigkeit die *Zweckmäßigkeit* und *Rechtssicherheit* als Antinomien innerhalb der Rechtsidee gegenüber[105]. Die so bestimmte Gerechtigkeit als Rechtswert 'konkurriert' dann mit anderen Zielen, etwa der Effizienzsteigerung oder der staatlichen Selbsterhaltung[106]. Außer bei *Radbruch* finden sich auch bei anderen Autoren ähnlich antinomisch bestimmte Rechtsbegriffe; so stellt etwa *Lucas* der Gerechtigkeit außerdem Freiheit, Gemeinwohl und Moralität gegenüber[107]. Eine abschließende Liste dürfte sich kaum befriedigend erstellen lassen, zumal sich die Güter gegenseitig bedingen[108].

---

104 Gemeint ist hier der weite *equity*-Begriff im Sinne proportionaler Gleichheit (*equitable distribution*). Enger ist demgegenüber der sozialpsychologische Begriff der *equity*-Theory; danach ist *equity* »die Wahrnehmung, daß alle an der Beziehung beteiligten Personen einen im Verhältnis zu ihren Beiträgen relativ gleichen Gewinn erhalten«; *H.W. Bierhoff,* Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit (1996), S. 4. In Kontinentaleuropa wird als 'equity' oder 'équité' gelegentlich auch das Regel-Ausnahme-Verhältnis bezeichnet, das hier 'Billigkeit' heißen soll; so etwa *P. Ricœur,* Soi-même comme un autre (1990), S. 305.

105 *G. Radbruch,* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), S. 345: »Neben die Rechtssicherheit treten ... Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit«; *ders.,* Rechtsphilsophie (1973), S. 164 ff. (Antinomien der Rechtsidee) sowie S. 142 f. (Zweck des Rechts). Genauso *K. Engisch,* Auf der Suche nach der Gerechtigkeit (1971), S. 186 ff.; *F. Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), S. 325 ff. Ähnlich *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 162: »Not only is this [justice] distinct from other values which laws may have or lack, but sometimes the demands of justice may conflict with other values.« *Hart* erwähnt das Interesse an Generalprävention, die öffentliche Sicherheit, den Wohlstand, die Funktionsfähigkeit des Gerichtswesens, die Kosten der Rechtsdurchsetzung; *I. Tammelo,* Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 81: »Neben der Gerechtigkeit gibt es auch andere Leitwerte des Rechts, vor allem die Rechtssicherheit, die rechtliche Zweckmäßigkeit, das im Rechtswege erzielbare Gemeinwohl und auch die Billigkeit.« Ausdrückliche Hervorhebungen der Differenz zwischen Richtigkeit und Gerechtigkeit etwa bei *D.D. Raphael,* Justice and Liberty (1980), S. 111: »If so, he [Rawls] is regarding his theory as one of rightness, not of justice or fairness as commonly understood.« Auch nach *Huster* gibt es in der Rechtsdogmatik 'spezifische Gerechtigkeitsgebote', die mit Erwägungen kollektiven Wohls kollidieren können; *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 221. Vgl. auch *W. Hoffmann-Riem,* Wahrheit, Gerechtigkeit, Unabhängigkeit und Effizienz (1997), S. 1 f. Verwechslungsgefahr besteht zwischen den hier gemeinten (rechtstheoretischen) Antinomien innerhalb der Rechts*idee* und den ebenfalls als 'Antinomien im Recht' diskutierten (rechtsdogmatischen) Widersprüchlichkeiten innerhalb einzelner Rechts*gebiete*; vgl. die Beiträge in dem von *C. Perelman* herausgegebenen Sammelband 'Les Antinomies en Droit' (1965), insbesondere die dortige Definition von *P. Foriers,* Les Antinomies en Droit (1965), S. 20: »realer oder scheinbarer Widerspruch zwischen zwei Rechtsnormen«.

106 Vgl. *G. Radbruch,* Rechtsphilosophie (1973), S. 164 f.; *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 238: Ein reales Beispiel 'ungerechter' Maßnahmen, die im Interesse staatlicher Selbsterhaltung durchgeführt wurden, liege in der Internierung von Personen japanischer Abstammung in den Vereinigten Staaten während des zweiten Weltkriegs.

107 Vgl. *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 233 ff. Besonders eindringlich seine Gegenüberstellung von Gerechtigkeit und Freiheit (S. 242): »Freedom is radically different from Justice, and we

Die Unterscheidung zwischen dem *juristischen* Gerechtigkeitsbegriff, wie er von *Radbruch* und anderen formuliert wurde, und dem in D_1 bestimmten *weiten* Gerechtigkeitsbegriff ist grundlegend für den Gebrauch des Prädikats 'gerecht'. Nach dem juristischen Gerechtigkeitsbegriff wird man Personen häufig absichtlich 'ungerecht' behandeln, beispielsweise mit der Begründung: 'A müßte *gerechterweise* X erhalten; für die Effizienz des Verteilungsverfahrens ist es aber unerläßlich und deshalb *richtig,* wenn er X nicht erhält.' Nach dem weiten Gerechtigkeitsbegriff würde dieselbe Behandlung des A dagegen als 'gerecht' erscheinen: 'A müßte aus Gründen der Gleichbehandlung X erhalten; das Effizienzgebot macht es aber *richtig* und damit *gerecht,* wenn er X nicht erhält.' Dieser unterschiedliche Gebrauch des Gerechtigkeitsprädikats betrifft nicht etwa nur exotische Grenzfälle, sondern tritt in ganz gewöhnlichen Regelungen einer Rechtsordnung auf. Wenn beispielsweise S seinen Gläubiger G wegen einer Darlehenssumme mit geschickter Hinhaltetaktik so lange vertröstet, bis der Rückzahlungsanspruch verjährt ist, dann gilt das rechtliche Ergebnis als *ungerecht, aber dennoch richtig,* wenn man mit dem *juristischen* Gerechtigkeitsbegriff operiert. Denn G stand die Rückzahlung des Darlehens zu (*suum cuique*)[109]. Er kann seinen individuellen Anspruch nur deshalb nicht verwirklichen, weil die durch das kollektive Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsfrieden begründeten Verjährungsregeln eine gerichtliche Durchsetzung ausschließen. Nach dem hier mit D_1 zugrundegelegten *weiten* Gerechtigkeitsbegriff ist das Ergebnis demgegenüber unter Beachtung aller Gesichtspunkte (einschließlich des Interesses an Rechtssicherheit) insgesamt *richtig und folglich auch gerecht*.

Auf den ersten Blick mag es vorteilhaft erscheinen, zwischen einer Gerechtigkeit im engeren Sinne und anderen Gesichtspunkten (Wohlstand, gesellschaftlichem Gesamtnutzen, Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung) einen Zielkonflikt festzustellen[110]. Der Gerechtigkeitsbegriff würde dadurch spezifischer, ließe sich auf die Richtigkeit eines Verteilungs- oder Ausgleichsergebnisses konzentrieren, und könnte in dieser Spezifität von einer Gesamtbeurteilung unter Abwägung mit anderen relevanten Faktoren unterschieden werden[111]. Doch gibt es drei Gründe, aus denen der enge, juristische Gerechtigkeitsbegriff sich nicht als Ausgangspunkt für Gerechtigkeitsanalysen eignet. *Erstens* führt er zu der Schwierigkeit, Kriterien einer Ge-

---

have to compromise Justice, however all-embracing we make it, if we are to have Freedom at all. In allowing men to exercise legal privileges, we allow them to act arbitrarily, selfishly, inconsiderately, unreasonably and unfairly. ... Freedom is inherently unfair.«

108 Das sieht auch *G. Radbruch,* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), S. 345: »Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit. Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit.«

109 Dazu oben S. 45 (*suum cuique*-Formel).

110 Vgl. den Katalog bei *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 162 ff.

111 So z.B. *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 208.

rechtigkeit im engeren Sinn von anderen Kriterien, etwa der Nützlichkeit, abzugrenzen[112]. *Zweitens* gibt er das Verhältnis zwischen Richtigkeit und Gerechtigkeit, wie es nach normalem Sprachgebrauch gilt, nicht zutreffend wieder; denn dieser Sprachgebrauch läßt es nicht zu, eine Handlung gleichzeitig als ungerecht und als richtig zu bezeichnen. Vor allem aber gilt *drittens,* daß sich der enge Begriff nicht für die Untersuchung von Theorien der Gerechtigkeit eignet, weil diese die Gerechtigkeit *umfassend,* also unter Berücksichtigung *aller* relevanten Faktoren begründen wollen. Die Theorien der Gerechtigkeit können deshalb gerade nicht einen verengten, von anderen Faktoren *isolierten* Begriff der Gerechtigkeit zur Grundlage nehmen. Denn für Gerechtigkeitstheorien ist nichts gewonnen, wenn beispielsweise die Sippenhaft (d.h. die Geiselnahme von Angehörigen zur Strafverfolgung oder die Verhängung von Kollektivstrafen) sich als *ungerecht* für die Betroffenen aber gleichwohl *effektiv* zur Durchsetzung staatlicher Strafsanktionen erweist[113]. Die eigentliche Frage, ob sich in einer *Gesamtbetrachtung* der Umstände das Mittel der Sippenhaft rechtfertigen läßt, ist damit noch nicht einmal gestellt. Ähnliches gilt für eine Vielzahl anderer Fälle: Der Gläubiger, dessen Forderung der Verjährung unterfällt, das Verbrechensopfer, das wegen Verfolgungsverjährung auf die Genugtuung staatlicher Vergeltung verzichten muß, die Vertragspartei, die sich wegen eines Formfehlers nicht auf eine Vereinbarung berufen kann – sie alle müßten nach dem engen, juristischen Gerechtigkeitsbegriff als Opfer staatlicher Ungerechtigkeit angesehen werden. In der Perspektive von Gerechtigkeitstheorien wird demgegenüber untersucht, ob eine (rechtliche) Regelung *insgesamt* ungerecht ist. Dazu aber ist, wie hier mit D_1, ein weiter Gerechtigkeitsbegriff zugrundezulegen, in dem auch die Kriterien der Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit aufgehen[114].

3. *Der idealistische Gerechtigkeitsbegriff*

Als 'idealistische' oder 'tugendzentrierte' Begriffsbestimmungen kann man diejenigen Definitionen bezeichnen, die Gerechtigkeit unter Bezugnahme auf die Natur des Menschen bestimmen[115] – in ihrem juristischen Einschlag meist als ontologische Naturrechtslehren[116]. Solche Theorien verstehen den Begriff der Gerechtigkeit in erster

---

112 *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 209.

113 Beispiel bei *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 240 f. Dort auch die Aussage, daß exemplarisch scharfe Strafen zur Generalprävention gerechtfertigt sein können, wenn die staatliche Selbsterhaltung ohne sie in Frage gestellt wäre.

114 Ähnlich bereits *M. Rümelin,* Die Gerechtigkeit (1920), S. 50: »[E]in höherer .... Gerechtigkeitsbegriff, der das Gerechte faßt als das, was dem Wesen des Rechts gemäß ist oder was dem richtigen Recht entspricht. Dabei muß ausgegangen werden von den Zwecken der Gemeinschaft selbst. Insofern verschwindet der Gegensatz zwischen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit.«. Auf den weiten Gerechtigkeitsbegriff läßt sich der *Radbruchsche* Gedanke der Antinomien gleichwohl übertragen: Innerhalb der Gerechtigkeit (im hier zugrundegelegten *weiten* Sinn) können Antinomien zwischen Gerechtigkeit im *engeren* Sinn und der Zweckmäßigkeit bzw. Rechtssicherheit bestehen.

115 Vgl. insbesondere *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, I 1 (1094a 2-3), der das Gute als das definiert, nach dem alles strebt. Zum deutschen Idealismus vgl. *H. Welzel,* Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1962), S. 175: »Hegels Rechtsphilosophie ist, wenn man es recht versteht, die vollkommenste Gestalt einer materialen Naturrechtslehre.«

116 Dazu unten S. 89 (ontologisches und rationalistisches Naturrecht).

Linie *axiologisch,* begründen also Gerechtigkeit damit, daß etwas als 'gut' bewertet werden kann[117]. Daraus ergeben sich drei Unterschiede zu dem hier verwendeten deontologischen Gerechtigkeitsbegriff[118].

Ein erster Unterschied liegt darin, daß axiologische Prädikate *graduell* verwirklicht werden können, weil eine Sache mehr oder weniger gut sein kann. Dagegen vergibt man deontologische Prädikate *absolut,* d.h. entweder ganz oder gar nicht[119]. In Tugendlehren und idealistischen Ethiken, denen eine Konzeption des Guten zugrunde liegt, ist die Gerechtigkeit eine Tugend des Menschen[120], also eine Eigenschaft, durch die der Mensch gut wird[121]. Ein einzelnes Handeln verdient das Prädikat 'gerecht' wenn es (teleologisch) den Handelnden dem vorbestimmten Ziel der Tugendhaftigkeit näher bringt. Der Mensch selbst kann dabei mehr oder weniger gerecht sein; eine einzelne Ungerechtigkeit im Handeln macht ihn nicht schlechthin ungerecht[122]. Neben die absolute Bedeutung ('schlechthin gerecht') tritt also in der Tugendlehre eine graduelle Bedeutung des Gerechtigkeitsprädikats. Beim deontologischen Gerechtigkeitsbegriff in D_1 ist dies ausgeschlossen. Die definitionsgemäß erforderliche 'Pflichtigkeit' des Handelns impliziert bereits eine absolute Geltung, in der jede Graduierbarkeit ausgeschlossen ist: ein Handeln kann nur entweder ganz oder gar nicht pflichtig sein.

Ein zweiter Unterschied entsteht durch die Einbeziehung des Gesetzesgehorsams in das tugendzentrierte Gerechtigkeitsverständnis. Die Tugendhaftigkeit des Menschen beweist sich dabei in der Befolgung gesetzlicher Gebote und Verbote[123]. Demgegenüber kann es gemäß D_1 für die Gerechtigkeit gerade nicht darauf ankommen, ob ein Handeln Ausdruck von Gesetzesgehorsam ist oder nicht. Die Richtigkeit des Handelns muß zunächst unabhängig von Rechtsnormen bestimmt werden, soll sie sich dazu eignen, Maßstäbe für das Recht zu liefern.

Der dritte Unterschied liegt in der Subjektivierung der Kriterien für Gerechtigkeit[124]. Im tugendzentrierten Gerechtigkeitsverständnis kommt es grundsätzlich auf den guten Willen an[125]. Dieser Zusammenhang findet sich treffend in der Formulierung *Ulpians,* nach der Gerechtigkeit davon abhängt, daß ein Mensch dauerhaft den Willen hat, jedem das Seine zu gewähren (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*)[126]. Indem D_1 lediglich auf die Pflichtigkeit des Handelns,

---

117 Dazu oben S. 52 ff. (Sollensbezug und axiologischer Gerechtigkeitsbegriff D_{1A}).

118 Dazu oben S. 50 (D_1).

119 Vgl. oben S. 52 ff. bei Fn. 59 (Gerechtigkeit ist 'binär kodiert'). Das heißt nicht, daß bei deontologischen Prädikaten nicht auch Regelkollisionen durch Vorrangverhältnisse oder Prinzipienkollisionen durch Abwägungen gelöst werden müßten. Doch bleibt im Ergebnis immer eine absolute Aussage über die Pflichtigkeit des Handelns.

120 *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, V 1-15 (1129a 1 ff.). Vgl. unten S. 161 ff. (neoaristotelischer Kommunitarismus *MacIntyres*).

121 *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, II 5 (1106a 15-24).

122 *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, V 10 (1134a 17-23).

123 Dazu oben S. 56 (aristotelischer Gerechtigkeitsbegriff). *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, V 3 (1129b 11-14).

124 *F. Bydlinski,* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab (1996), S. 109 f.

125 *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, V 1 (1129a 6-11).

126 Vgl. oben S. 45 (*suum cuique*-Formel).

nicht dagegen auf die Motive für das Handeln abstellt, enthält die Definition ein objektives Element, das sie von tugendzentrierten Gerechtigkeitsbegriffen unterscheidet. Wichtig wird dies in allen Fällen konfligierender Verhaltensanforderungen. Normalerweise besteht die Gerechtigkeit des Einzelnen nach idealistischem oder tugendhaftem Verständnis gerade in der Einhaltung der Regeln aller normativen Teilordnungen, also insbesondere im Gesetzesgehorsam, der Religiosität, der Loyalität und in der übrigen Sittlichkeit. Subjektives Verständnis und objektive Anforderungen entsprechen sich dann. Die Entsprechung endet jedoch dort, wo individuelle Tugendvorstellung und normative Ordnung konfligieren (z.B. weil jemand die Verfolgung eigener Interessen auch dort noch für gerecht hält, wo sie gesetzlich schon den Betrugstatbestand erfüllt)[127], wo die individuelle Moral über die Anforderungen sozialer Ordnung hinausgeht (z.B. wenn Schuld empfunden wird, obwohl ein Verhalten gesetzlich und sittlich objektiv gerechtfertigt war), wo eine normative Ordnung widersprüchliches verlangt und dadurch unerfüllbar wird oder – und dies ist der häufigste und schwierigste Fall – wo normative Ordnungen *untereinander* konfligieren, etwa Religion oder Sitte mit dem Gesetz, so daß der Einzelne keine Möglichkeit hat, die Normen *aller* für ihn subjektiv verbindlichen Ordnungen gleichzeitig zu achten. Ein subjektiver Gerechtigkeitsbegriff führt in Konfliktfällen notwendig zur Unbestimmtheit. Demgegenüber bietet D_1 als objektive Definition die Möglichkeit, als gerecht nur dasjenige Verhalten anzusehen, das sich unter Berücksichtigung der Verhaltenserwartungen aus *allen* normativen Teilordnungen insgesamt als richtig erweist. Ein gesetzliches Gebot kann sich in dieser Gesamtbetrachtung beispielsweise als 'ungerecht' erweisen, wenn es von den Normadressaten unangemessen intensive Zugeständnisse an ihre Religiosität oder Sittlichkeit verlangt[128].

4. *Die holistischen Gerechtigkeitsbegriffe*

Neben Gerechtigkeitsbegriffen, die enger als der in D_1 definierte sind, gibt es auch solche, die sich wegen ihrer uferlosen Weite für Gerechtigkeitstheorien nicht eignen. Zu diesen gehören die Begriffe der Gottes- und der Weltgerechtigkeit, die auf je eigene Art von Gerechtigkeit auch jenseits des menschlichen Handelns sprechen und in diesem Sinne 'holistisch' genannt werden können.

Ein *religiöses* Verständnis der 'Gerechtigkeit Gottes'[129] kann selbst dort Kriterien der Gerechtigkeit errichten, wo unmittelbare persönliche Verhaltensverantwortung von Menschen gänzlich fehlt[130]. Der allmächtige und allwissende Gott mag dabei zwar als 'handlungsfähig' bezeichnet werden, doch dann mit anderem Sinngehalt als

---

127 Ein entsprechendes Beispiel zum fehlenden Vorsatz bei deliktischem Verhalten findet sich auch bei *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, V 10 (1134a 17-23).

128 Vgl. oben S. 63 ff. (weiter Gerechtigkeitsbegriff im Gegensatz zu engeren Begriffen).

129 Unter 'Gerechtigkeit Gottes' versteht die Moraltheologie die 'Rechtfertigung' des Menschen vor Gott; *D. Mieth,* Rechtfertigung und Gerechtigkeit (1977), S. 64 ff.

130 Z.B. *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 54 ff. (54): »Entweder hat das Wort Gerechtigkeit den Bezug auf göttliche Ursetzung, den Klang des Heiligen und unbedingt Gültigen – oder aber es ist ein leerer Schall.«; *D. Mieth,* Rechtfertigung und Gerechtigkeit (1977), S. 64: »Gott allein stiftet Gerechtigkeit, indem er den Menschen vor seiner Gerechtigkeit rechtfertigt.« und S. 66: »[A]llein Gott macht den Menschen gerecht ... der Mensch lebt gerecht aus der Gerechtigkeit Gottes.«

beim *menschlichen* Handeln, das in D_1 gemeint ist. Ähnliches gilt für diejenige religiöse Begriffsbildung, die Gerechtigkeit im Gottesgehorsam sieht, etwa beim biblischen Gerechtigkeitsbegriff des alten und neuen Testaments[131]. Insoweit besteht eine Paralle zum Gesetzesgehorsam der aristotelischen 'allgemeinen Gerechtigkeit' (*iustitia universalis*)[132]: Gehorsamsbegriffe taugen nicht für Gerechtigkeitstheorien, weil es zu deren Eigenarten gehört, Normenordnungen kritisch zu hinterfragen statt ein Gehorsamsgebot vorauszusetzen. Nicht unter D_1 fällt außerdem das *nicht-religiöse* Verständnis einer 'Weltgerechtigkeit', wie es sich etwa im Alltagssprachgebrauch ausdrückt, wenn wir Schicksalsschläge (z.B. den frühen Tod eines geliebten Menschen, die Naturkatastrophe) als 'Ungerechtigkeit' beklagen[133]. Derlei 'Ungerechtigkeit' ist vom hier zugrundegelegten Gerechtigkeitsbegriff verschieden, weil sie sich dem menschlichen Handeln entzieht.

Der Grund dafür, daß sowohl Gottes- als auch Weltgerechtigkeit in gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorien keine Rolle spielen, liegt in deren Bestreben nach Metaphysikfreiheit[134]. Weder religiöser Glaube noch weltanschauliches Bekenntnis sind in demjenigen Sinne begründbar, den Gerechtigkeitstheorien als Projekt der praktischen Philosophie als 'Begründung' anerkennen[135]. Die Theorien erstreben eine glaubensunabhängige Begründung, was auf die Struktur des von ihnen verwendeten und in D_1 zugrundegelegten Gerechtigkeitsprädikats zurückwirkt: Gerechtigkeit und Handeln sind nur *menschliche* Gerechtigkeit und *menschliches* Handeln.

5. *Ungerechtigkeit als Grundbegriff?*

Als Kritik an gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorien ist geltend gemacht worden, daß sie den Begriff der Gerechtigkeit zu Unrecht in den Mittelpunkt der Fragestellung rücken[136]. Eine in jeder Hinsicht richtige Sozialordnung könne durch Gerechtigkeitskonzepte allein nicht erreicht werden. Statt dessen soll es zweckmäßiger sein, Sozialtheorien auf die Analyse von *Ungerechtigkeit* zu stützen[137]. Die fortwährende Untersuchung von Gerechtigkeit habe zwar immer neue Ansätze einer Legitimation von Herrschaft hervorgebracht, zur Beseitigung der offensichtlichen Ungerechtigkeiten in der Welt aber nichts beigetragen[138], obwohl die Beseitigung des Übels ein viel dringenderes moralische Gebot sei als die Schaffung des Guten. Außerdem seien konkre-

---

131 Vgl. 5 Mose 6.25, 9.6; Römer 2.13; Psalter 1.5; Matthäus 5.10.

132 *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, S. V 1 (1129a 1 ff.). Dazu oben S. 56 (aristotelischer Gerechtigkeitsbegriff).

133 Bei Naturereignissen, die sich nicht als besonderer Schicksalsschlag für einzelne auswirken, etwa bei einem einfachen Gewitter, kann man noch nicht einmal im holistischen Sinne von 'Gerechtigkeit' oder 'Ungerechtigkeit' sprechen; *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 51.

134 Zum hier zugrundegelegten Metaphysikbegriff siehe oben S. 42, Fn. 84.

135 Vgl. oben S. 27 ff. (Gerechtigkeit und praktische Vernunft).

136 *T. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 16 ff.; *B. Rüthers,* Das Ungerechte an der Gerechtigkeit (1991), S. 20 ff., 133 ff.

137 Vgl. *T.R. Kearns/A. Sarat,* Legal Justice and Injustice (1996), S. 2: »For every step taken toward realizing the good, an equal, if not greater, number of steps have been taken in the name of evil.« Grundlegend dazu *J.N. Shklar,* Über Ungerechtigkeit (1990).

138 Vgl. die Kritik bei *T.R. Kearns/A. Sarat,* Legal Justice and Injustice (1996), S. 1 f.

te Regeln der Gerechtigkeit regelmäßig negativ formuliert, also als Regeln über Ungerechtigkeit[139]. Die politische Philosophie sei schon aus Gründen der Bestimmtheit besser beraten, nach Verfahren zur Vermeidung von Ungerechtigkeit zu suchen, statt sich der unbestimmten Vielfalt gerechter Lösungen auszuliefern[140]. Sowohl psychologisch als auch moralisch verdienten Fragen der Ungerechtigkeit Priorität gegenüber Fragen der Gerechtigkeit[141]. Folglich sei ein Blickwechsel von der Gerechtigkeit hin zur Ungerechtigkeit geboten.

Diese Kritik ist nur dann überhaupt verständlich, wenn unter Ungerechtigkeit etwas anderes als Nichtgerechtigkeit verstanden wird[142]. Denn andernfalls wäre in der Untersuchung der Gerechtigkeit immer auch eine spiegelbildliche Untersuchung der Ungerechtigkeit enthalten. Dementsprechend wird von den Proponenten der Kritik unter Ungerechtigkeit eine Art *gesteigerter Nichtgerechtigkeit* verstanden. Gegenstand der Ungerechtigkeitsforschung soll nicht einfach das sein, was einer Legitimation als 'gerecht' entzogen ist, sondern vielmehr das, was als Diskriminierung für einzelne Gruppen von Benachteiligten besonders schwer wiegt.

An der Kritik ist richtig, daß man sich (negativ) über das Bestehen von Ungerechtigkeit häufig leichter einigen kann als (positiv) über das von Gerechtigkeit[143]. So lassen denn auch gegenwärtige Gerechtigkeitstheorien konkrete Aussagen über gebotene Änderungen in Staat und Gesellschaft regelmäßig vermissen. Es mag auch richtig sein, daß unter der Perspektive der Ungerechtigkeit andere Fragen gestellt werden als in Theorien der Gerechtigkeit[144]. Falsch ist hingegen, daß konkrete Gerechtigkeitsregeln sich nur negativ formulieren ließen[145]. Auch kann nicht gefolgert werden, eine Gerechtigkeitstheorie müsse sich allein einzelnen Diskriminierungsfragen widmen, um soziale Relevanz zu entfalten. Es ist wichtig, den Regelfall der richtigen Erzeugung von gerechten Ergebnissen zu analysieren. Gerade darin liegt ein berechtigtes Anliegen der Rechtspraxis an die Rechtstheorie. Die Ungerechtigkeitsforschung ist ein wesentlicher Teil der Rechtskritik – Gerechtigkeitstheorien kann sie indes nicht ersetzen. Entsprechend ist auch der eng verstandene Begriff der Ungerechtigkeit nicht tauglich als Grundbegriff der Theorien. Vielmehr muß – wie üblich – unter Ungerechtigkeit allein *Nicht*gerechtigkeit verstanden werden. Grundbegriff einer Gerechtigkeitstheorie bleibt damit der Begriff der Gerechtigkeit.

---

139 *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. II (1976), S. 36; vgl. *J.R. Lucas,* On Justice (1980), S. 4 ff. (4): »And therefore we should ... adopt a negative approach, discovering what justice is by considering on what occasions we protest at injustice or unfairness.«

140 *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 130, 234 – allerdings mit der Einschränkung (S. 234), daß ein positives Begriffsverständnis als regulative Idee (»a goal of aspiration and a criterion of appraisal«) sowohl für Einzelentscheidungen als auch allgemeine Gesetze wirksam bleibt.

141 *T. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 16 ff.

142 *T. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 11 ff. – 'Separability Thesis'.

143 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 43; *T. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 14.

144 *T. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 24.

145 Vgl. *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 43 f. (Beispiele zur positiven Formulierung von Gerechtigkeitsregeln); außerdem unten S. 203 (Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit bei *Rawls*).

IV. Die Normen der Gerechtigkeit

Mit D_1 ist erklärt, wie das einzelne Handeln zum Gegenstand eines Gerechtigkeitsurteils wird. Daran ließ sich zeigen, welche notwendigen Bezüge ein solches Gerechtigkeitsurteil aufweist und wie sich der in D_1 formulierte Gerechtigkeitsbegriff von anderen Begriffen der Gerechtigkeit unterscheidet. In Gerechtigkeitstheorien geht es aber häufig nicht um die Gerechtigkeit eines einzelnen Handelns, sondern um die Gerechtigkeit von Handlungsweisen. Die Theorien zeigen, wie *Gerechtigkeitsnormen* begründet und erzeugt werden können (4). Der Begriff der Gerechtigkeitsnorm (2, 3) kann mit dem Begriff der Norm (1) bestimmt werden.

1. Der Begriff der Norm (D_N)

Der Begriff der Norm ist – vor allem unter Juristen und Rechtsphilosophen – umstritten[146]. Statt auf die Einzelheiten dieses Streits einzugehen, kann hier im Spektrum der möglichen Begriffsbestimmungen nur ein weiter, nichtempirischer, nichtlegalistischer, nichtaxiologischer[147] und nichtteleologischer[148] Normbegriff erläutert werden, der im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand vorzugswürdig erscheint. Danach gilt:

> D_N: Eine Norm ist die Verbindung eines deontischen Operators (Gebot, Verbot, Erlaubnis) mit einer Handlungsweise.

Eine Norm ist nach D_N weder die Handlungweise selbst, noch der Satz oder das Zeichen, mit dem sie gefordert, untersagt oder erlaubt wird[149], sondern vielmehr die *Bedeutung*[150], der *Sinn*[151] des Gebots, des Verbots oder der Erlaubnis[152]. Eine auf rot springende Ampel kann solche (Verbots-)Bedeutung ebenso haben wie der biblische

---

[146] Vgl. zum Streit *R. Alexy,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 40 ff.; *T. Zoglauer,* Normenkonflikte (1998), S. 23 ff., beide m.w.N.; zum konditionalen Normmodell neuerdings *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 63 ff. m.w.N.

[147] Handlungsbezogene Aussagen können axiologisch ('x ist gut') oder deontologisch ('x soll A') sein. Dazu unten S. 52 ff. (Sollensbezug und axiologischer Gerechtigkeitsbegriff).

[148] Vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 310 f.: »Prinzipien oder höherstufige Normen ... haben einen deontologischen, Werte hingegen einen teleologischen Sinn.« Dazu *R. Alexy,* Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses (1995), S. 167: »Dieser Unterscheidung, die der klassischen Dichotomie zwischen dem Gesollten und dem Guten entspricht, ist zuzustimmen.«

[149] Vgl. *F. Müller,* Juristische Methodik (1995), S. 122 ff.; *T. Zoglauer,* Normenkonflikte (1998), S. 38 ff.

[150] Vgl. die Definition (bezogen auf entsprechende Begriffsbestimmungen bei *Weinberger* und *Ross*) bei *R. Alexy,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 43: »Eine Norm ist damit die Bedeutung eines Normsatzes.«

[151] Vgl. *H. Kelsen,* Reine Rechtslehre (1960), S. 5: »'Norm' ist der Sinn eines Aktes, mit dem ein Verhalten geboten oder erlaubt, insbesondere ermächtigt wird.« Zuvor, ebd., S. 4: »Mit 'Norm' bezeichnet man: daß etwas sein oder geschehen, insbesondere daß sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten *soll.*« (Hervorhebung bei *Kelsen*).

[152] Zum Bezug zu den deontischen Grundmodalitäten des Gebots, des Verbot und der Erlaubnis siehe *R. Alexy,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 43 ff.

(Gebots-)Satz 'Du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst!'[153] oder die rechtliche Anordnung 'Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.' (§ 242 BGB). Für den Normbegriff in D_N kommt es nicht darauf an, ob sich das Gesolltsein einer Handlung als soziale Regel etablieren konnte[154], oder ob es eine Verhaltenserwartung begründet[155].

Außerdem ist zwischen der Norm selbst und ihrer Geltung zu unterscheiden[156]: Zum Begriff der Norm gehört zunächst nur die (semantische) *Bedeutung*, die in Normsätzen oder Normzeichen verkörpert ist. Wer weiter behauptet, daß einer Norm (rechtliche, religiöse, soziale) *Geltung* zukomme, oder wer eine Norm selbst in Geltung setzt (z.B. der parlamentarische Gesetzgeber, der gebotsverkündende Vorsteher einer religiösen Sekte, der einladende Gastgeber) verläßt die Ebene bloßer Semantik und begibt sich auf die Ebene der Pragmatik. Auf diesen pragmatischen Gehalt der Normverwendung wird bei der Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen zurückzukommen sein[157].

2. *Der Begriff der Gerechtigkeitsnorm (D_{NG})*

Werden Normen im Sinne von D_N mit dem Gerechtigkeitsprädikat zu einem normbezogenen Gerechtigkeitsurteil verbunden ('Das Tötungsverbot ist gerecht.'), so könnte man insoweit von einer *Gerechtigkeitsnorm* im Sinne einer 'gerechten Norm' sprechen, weil jede Einzelhandlung, die der Norm entspricht, gerecht sein müßte[158]. Aber nicht diese *explizite* Verbindung einer Norm mit dem Gerechtigkeitsprädikat ist üblicherweise gemeint, wenn von Gerechtigkeitsnormen die Rede ist. Gerechtigkeitsnormen sind vielmehr *alle Normen, die den Anwendungsbereich der Gerechtigkeit teilen*[159]. Schon das Tötungsverbot selbst ('Du sollst nicht töten!') ist *implizit* eine Gerechtigkeitsnorm, weil die Handlungsweise 'Tötung eines anderen Menschen' einen

---

153 Alt- wie neutestamentarisch: 3. Mose 19, 18 = Matthäus 22, 39.

154 Zur Bezugsetzung zwischen Normbegriff (hier: Rechtsregel) und sozialer Regel vgl. *H.L.A. Hart*, Concept of Law (1961), S. 54 ff. (*more complex practice*), sowie S. 84: »Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great.«

155 So *N. Luhmann*, Rechtssoziologie (1987), S. 43: »Normen sind demnach *kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen*.« (Hervorhebung bei *Luhmann*).

156 Ausführlicher dazu *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte (1985), S. 47 ff. m.w.N. Wenn in diesem Zusammenhang von 'Geltung' einer Norm gesprochen wird, dann ist das nicht der juristische Geltungsbegriff im Gegensatz zu einer moralischen Gültigkeit, sondern ein umfassender Begriff für jede erdenkliche (rechtliche, religiöse, soziale, moralische) Verbindlichkeit.

157 Dazu unten S. 74 (Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen).

158 Vgl. *H. Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 358: »Gerechtigkeit ... als Eigenschaft auch von Normen«. Die umstrittene Frage, ob sich deontische Operatoren (geboten, verboten, erlaubt) nur auf Handlungen oder (bei Normen höherer Ordnung) auch auf handlungsleitende Normen selbst beziehen können, kann dabei offen bleiben, denn hier wird das *Gerechtigkeitsprädikat*, nicht ein deontischer Operator, auf die Norm angewendet.

159 Vgl. *H. Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 357: »Die Gerechtigkeit eines Menschen ist die Gerechtigkeit seines sozialen Verhaltens; und die Gerechtigkeit seines sozialen Verhaltens besteht darin, daß es einer den Gerechtigkeitswert konstituierenden und in diesem Sinne gerechten Norm entspricht. Diese Norm kann man als Gerechtigkeitsnorm bezeichnen.«

Sozialbezug aufweist. Bis auf den Sozialbezug verbinden sich die Definitionselemente der Gerechtigkeit bereits mit dem Begriff der Norm und mit deren pragmatischem Gehalt[160]: der Handlungs- und Sollensbezug ergibt sich aus dem deontologischen Charakter der Norm, der Richtigkeitsbezug aus ihrem Geltungsanspruch. Der Gleichheitsbezug liegt in der Regelhaftigkeit der deontologischen Aussage[161], denn Normen betreffen nach D_N stets *Handlungsweisen* ('Du sollst nicht töten!'), nicht nur eine einzelne Handlung ('A soll B nicht erstechen!'). Zwar könnte man auch beim Verbot einer einzelnen Handlung von einer Norm sprechen – der Fallnorm[162]. Doch wird gemeinhin die Norm dadurch vom Sachverhalt unterschieden, daß erstere abstrakt-generell, letzterer hingegen konkret-individuell ist[163]. Die Definition der Gerechtigkeitsnorm kann demzufolge kurz ausfallen:

> D_{NG}: Eine Gerechtigkeitsnorm ist die Verbindung eines deontischen Operators (Gebot, Verbot, Erlaubnis) mit einer sozialbezogenen Handlungsweise.

Je nachdem, ob die Gerechtigkeitsnorm definitive oder prinzipielle Geltung beansprucht, können Gerechtigkeitsregeln und Gerechtigkeitsprinzipien unterschieden werden[164]. Offenbar ist mit dem Übergang vom Gerechtigkeitsbegriff (D_1) zum Begriff der Gerechtigkeitsnorm (D_{NG}) eine gewisse Vereinfachung verbunden, weil ein Großteil der Definitionselemente bereits im Begriff der Norm und in ihrem pragmatischen Gehalt aufgeht. Gerechtigkeitstheorien, die wie diejenige von *Rawls* einzelne Gerechtigkeitsprinzipien begründen[165], ohne zuvor den Begriff der Gerechtigkeit zu definieren[166], nutzen diese Vereinfachungsmöglichkeit aus. Sie nehmen eine Abbildung des Gerechtigkeitsbegriffs in den Begriff der Gerechtigkeitsnorm vor, die letztlich den Definitionsproblemen beim Gerechtigkeitsbegriff ausweicht. Eine solche Strategie verschweigt indes den unterschiedlichen Gebrauch, der vom Begriff der

---

[160] Vgl. die Definitionsexplikation oben S. 50 ff. (D_1); zur *Geltung* als dem *pragmatischen Gehalt* von Normen oben S. 71 f. (Begriff der Norm) und unten S. 74 ff. (Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen; normbezogene Definition der Gerechtigkeit).

[161] Vgl. oben S. 60 (Kritik am Gleichheitsbezug und das Kriterium der Regelhaftigkeit).

[162] Der Begriff ist der Rechtsmethodik *Fikentschers* entlehnt. Unter 'Fallnorm' versteht *W. Fikentscher,* Methoden des Rechts IV (1977), S. 176 ff., 202 ff., 382 f. (202) »diejenige Regel des objektiven Rechts, die einem Lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet.« Gemeint ist dabei die Übertragung der *ratio decidendi* auf den Einzelfall; vgl. ebd. S. 190. Fallnormen sind damit auch »die erst in Zukunft notwendig werdenden, derzeit noch gar nicht gebildeten« Normen; *F. Bydlinski,* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), S. 516.

[163] So zumindest für Gerechtigkeitsnormen auch *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 362 f.: »Gerechtigkeitsnormen haben einen generellen Charakter. Generell ist eine Norm, wenn sie nicht – wie eine individuelle Norm – in einem einzigen Falle, sondern in einer von vornherein unbestimmten Zahl von gleichen Fällen gilt, das heißt: zu befolgen oder anzuwenden ist.«

[164] Dazu oben Fn. 49 (Regeln und Prinzipien).

[165] Zur Theorie von *Rawls* ausführlich S. 199 ff. (Gerechtigkeit als Fairneß); S. 205 ff. (Politischer Liberalismus). Da Gerechtigkeitsprinzipien nur Gerechtigkeitsnormen mit prinzipiellem Geltungsanspruch sind, müßte *Rawls* genau genommen von 'Gerechtigkeitsregeln' sprechen, weil seine 'Prinzipien' Anspruch auf definitive Geltung erheben.

[166] Dazu oben S. 47 (Erforderlichkeit einer Gerechtigkeitsdefinition).

Gerechtigkeit gemacht wird, und eignet sich deshalb nicht für vergleichende Theorieanalysen.

3. *Formale, prozedurale und materiale Gerechtigkeitsnormen*

Es können nach dem Inhalt verschiedene Arten von Gerechtigkeitsnormen unterschieden werden. Materiale Normen treffen eine inhaltliche Aussage ('Du sollst nicht töten.'). Demgegenüber sind bloß formale Normen selbst inhaltsleer ('Jedem das Seine.'). Gleichwohl handelt es sich um Gerechtigkeitsnormen im Sinne von D_{NG}. Einen Inhalt gewinnen sie, indem die leere Form durch Anwendung ausgefüllt wird, etwa durch eine Bestimmung dessen, was jemandem als 'das Seine' gebührt. Entsprechendes gilt für prozedurale Normen, etwa für das Gebot des kontradiktorischen Verfahrens: 'Auch die andere Seite muß gehört werden!' – *audiatur et altera pars*. Auch sie sind ohne bestimmten Inhalt und gewinnen ihre Substanz erst in der konkreten Durchführung des gebotenen Verfahrens. Schon an dieser Stelle gilt es klarzustellen, daß die Unterscheidung zwischen prozeduralen und materialen Gerechtigkeits*normen nicht* mit derjenigen zwischen prozeduralen und materialen Gerechtigkeits*theorien* zusammenfällt[167]. Eine prozedurale Theorie vermag materiale Gerechtigkeitsnormen zu begründen, ebenso wie eine materiale Theorie zu prozeduralen Normen führen kann[168].

4. *Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen*

Der pragmatische Gehalt einer Norm besteht nach den Ausführungen zum Normbegriff darin, ihre Geltung zu behaupten oder die Norm autoritativ in Geltung zu setzen. Mit dem Behaupten ist das argumentative Begründen, mit dem Ingeltungsetzen das reale Erzeugen von Normen angesprochen. Gerechtigkeitsbegründung und Gerechtigkeitserzeugung können zusammen als der pragmatische Gehalt von Gerechtigkeitsnormen angesehen werden.

Die *Begründung* einer Gerechtigkeitsnorm als Moralnorm liegt darin, ihre bereits bestehende Geltung zu zeigen. Gerechtigkeitsnormen haben als Moralnormen ihr eigenes Geltungsuniversum, in dem die Geltungsgründe nicht von vornherein Beschränkungen durch materielle Vorgaben (Verfassungsrecht), Normsetzungskompetenzen (Gewaltenteilung), Normenhierarchien oder sozialen Konventionen unterliegen. Es kommt allein darauf an zu zeigen, daß eine Gerechtigkeitsnorm unter Be-

---

167 A.A. offenbar *D. v.d. Pfordten*, Rechtsethik (1996), S. 269: »Unterscheidung zwischen materialen und prozeduralen Gerechtigkeitstheorien bzw. -prinzipien«; wie hier für eine Unterscheidung *N. Jansen*, Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 56 f. mit Fn. 58.

168 Für den ersten Fall ist die Begründung der materialen Gerechtigkeitsprinzipien in der prozeduralen Theorie von *Rawls* ein Beispiel; dazu unten S. 199 ff. (Gerechtigkeit als Fairneß). Der zweite Fall liegt beispielsweise vor, wenn der demokratische Verfassungsstaat trotz seiner prozeduralen Natur (siehe dazu unten S. 335 ff.) durch eine materiale Wertethik begründet wird; so beispielsweise in Deutschland die ältere Wertordnungsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 2, 1 (12) – freiheitliche demokratische Grundordnung als 'wertgebundene Ordnung'. *H. Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1962), S. 225 ff. (227) spricht insoweit von »dem weitgehenden Bekenntnis der Rechtsprechung zum Naturrecht«.

rücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte *richtig* ist und deshalb moralisch gilt. Die Begründung von Gerechtigkeitsnormen als Moralnormen ist lediglich auf eine Konzeption des begründbar richtigen Handelns, d.h. der praktischen Vernunft, angewiesen[169]. Die Begründung von Gerechtigkeitsnormen *als Rechtsnormen* verlangt mehr. Es muß nicht nur ihre Richtigkeit gezeigt werden, sondern auch, daß es Gründe gibt, die Norm in Form des Rechts zu institutionalisieren (Institutionalisierungsfrage)[170]. Außerdem unterliegt jede einzelne Rechtsnorm den Geltungskriterien der Rechtsordnung (*lex superior*-Regel, *lex posterior*-Regel, *lex specialis*-Regel, Kompetenzregeln, Verfahrensvorschriften u.v.m.), so daß letztlich immer die Gerechtigkeit der gesamten Rechtsordnung begründet werden muß[171].

Die *Erzeugung* von Gerechtigkeitsnormen als Moralnormen fällt mit ihrer Begründung zusammen, weil niemand eine autoritative Normsetzungskompetenz in Gerechtigkeitsfragen innehat. Eine Moralnorm, die begründet ist, gilt. Die reale Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen *als Rechtsnormen* ist dagegen auf die Normsetzungsregeln der Rechtsordnung angewiesen. Will man Gerechtigkeit verwirklichen, so müssen außerdem Gesichtspunkte der Durchsetzbarkeit mit einbezogen werden[172] – etwa die politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, menschliche Schwächen, die Struktur rechtlicher Institutionen und sogar die volkswirtschaftlichen Kosten der Rechtsprechung[173]. Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit sind Teil einer Gerechtigkeit, die real in staatliches Recht umgesetzt ist[174]. Gerechtigkeits*erzeugungs*theorien widmen sich diesen Fragen der realen Umsetzbarkeit von Gerechtigkeit.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß sowohl Gerechtigkeitsbegründung als auch Gerechtigkeitserzeugung sich mit der Geltung von Gerechtigkeitsnormen befassen. Diese Geltung ist der pragmatische Gehalt der Gerechtigkeitsnormen.

5. *Eine normbezogene Definition der Gerechtigkeit (D_{1N})*

Es hat sich bereits gezeigt, daß der Begriff der Gerechtigkeitsnorm (D_{NG}) einfacher zu bestimmen ist als derjenige der Gerechtigkeit, weil ein Großteil der Definitionselemente im Begriff der Norm und in ihrem pragmatischen Gehalt aufgeht. Die Vereinfachung (und verminderte Differenziertheit) zeigt sich auch bei einer normbezogenen Definition der Gerechtigkeit:

D_{1N}: Gerechtigkeit ist die Geltung von Gerechtigkeitsnormen.

---

169 Dazu unten S. 80 ff. (Klassifizierung von Gerechtigkeitstheorien und Konzeptionen praktischer Vernunft).

170 Dazu unten S. 116 ff. (Mindestgehaltsthese und Institutionalisierungsfrage); S. 333 ff. (Institutionalisierung von Gerechtigkeitsnormen).

171 Vgl. oben S. 33 (Rechtfertigung der Rechtsordnung, Legitimationsbedarf), S. 37 (notwendiger Anspruch des Rechts auf Richtigkeit).

172 Vgl. dazu die Diskussion um die Steuerungskrise des Rechts: *G. Teubner,* Das regulatorische Trilemma (1994), S. 109 ff.; *G.-P. Calliess,* Prozedurales Recht (1999), 73 ff., 114 ff. m.w.N.

173 *R.A. Posner,* Economic Analysis of Law (1992), S. 549 ff. – »*Economic Goals of Procedure*«.

174 Dazu oben S. 63 ff. (Unterschied zu engeren Gerechtigkeitsbegriffen).

Im Vergleich zur unmittelbar handlungsbezogenen Definition D_1 liegt hier – bei inhaltlicher Übereinstimmung – der Handlungs- und Sollensbezug bereits im deontologischen Charakter der Norm (D_N), der Richtigkeitsbezug in ihrem Geltungsanspruch und der Gleichheitsbezug in ihrer Regelhaftigkeit[175]. Der Sozialbezug findet sich ergänzend im Begriff der Gerechtigkeitsnorm (D_{NG}). Durch das Definitionselement der *'Geltung'* ist einerseits auf die *Begründung* und andererseits auf die *reale Erzeugung* von Gerechtigkeit verwiesen. Dem entspricht die Unterscheidung von Gerechtigkeitsbegründungs- und Gerechtigkeitserzeugungstheorien[176].

V. Ergebnisse

Die Gerechtigkeit ist Teil der Moral. Die notwendigen Elemente des Gerechtigkeitsbegriffs treten deutlich hervor, wenn man ihn zunächst unabhängig vom Begriff der Gerechtigkeitsnorm definiert. Dann zeigt sich, daß das Gerechtigkeitsprädikat durch Handlungs-, Sozial-, Richtigkeits-, Sollens- und Gleichheitsbezug geprägt ist. Im Begriff der Norm und in ihrem pragmatischen Gehalt sind hingegen die meisten dieser Elemente bereits enthalten, so daß Gerechtigkeitsnormen vereinfacht als Normen über sozialbezogene Handlungsweisen begriffen werden können. Gerechtigkeit stellt sich dann als Inbegriff der Geltung von Gerechtigkeitsnormen dar. Die Behauptung der Geltung kann sich auf die Begründung oder Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen stützen. Damit ist ein Gerechtigkeitsbegriff gefunden, der sowohl für Gerechtigkeitsbegründungs- als auch für Gerechtigkeitserzeugungstheorien als Grundlage geeignet ist.

B. Gerechtigkeitstheorien

I. Eine Definition der Gerechtigkeitstheorie (D_2 D_{2N})

Wie schon der Begriff der Gerechtigkeit, so ist auch derjenige der Gerechtigkeitstheorie in uneinheitlichem Gebrauch. In der politischen Philosophie fallen unter den Begriff der Gerechtigkeitstheorie nur Theorien darüber, welche sozialen Arrangements verteidigt werden können[177]. Hier soll hingegen zunächst ein weiter Begriff der Gerechtigkeitstheorie bestimmt werden[178]:

> D_2: Eine Gerechtigkeitstheorie ist eine Theorie über das Anführen von Gründen für oder gegen die Behauptung der Gerechtigkeit.

---

175 Dazu oben S. 72 (Begriff der Gerechtigkeitsnorm; Gleichheitsbezug durch Normbezug).

176 Dazu unten S. 88 (Begründungs- und Erzeugungstheorien).

177 *B. Barry*, Theories of Justice (1989), S. 3.

178 Ähnlich *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 106 f.: »Gerechtigkeitstheorien sind, grob gesprochen, Systeme von Aussagen über die Gerechtigkeit. ... *Normative Gerechtigkeitstheorien* sind Theorien darüber, welche Gerechtigkeitsvorstellungen und -urteile ethisch gerechtfertigt sind bzw. auf welche Weise sie sich ethisch rechtfertigen lassen.«

Setzt man D_1 in D_2 ein, so erhält man die vollständige Fassung:

D_2': Eine Gerechtigkeitstheorie ist eine Theorie über das Anführen von Gründen für oder gegen die Behauptung der Richtigkeit und Pflichtigkeit einer Handlungsweise in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit.

Normbezogen kann definiert werden:

D_{2N}: Eine Gerechtigkeitstheorie ist eine Theorie über die Geltung von Gerechtigkeitsnormen.

1. *Ein schwacher Begriff des Begründens*

Mit D_2 ist ein *schwacher* Begriff des Begründens und demzufolge eine *weite* Definition der Gerechtigkeitstheorie gemeint. Es kommt nicht darauf an, von welcher Art die Begründung der Gerechtigkeit ist. Selbst einfache Glaubensbekenntnisse (etwa die Aussage, daß die Handlungsweise nach den 10 Geboten der Bibel gerecht ist, weil es sich um Gesetze Gottes handelt) genügen als Gründe für die Behauptung der Gerechtigkeit im Sinne von D_2. Dadurch sind selbst solche Theorien einbezogen, die lediglich Bekenntnisse explizieren; auch auf die Naturrechtslehren wird Bezug genommen[179]. Das *Begründen* der Gerechtigkeit im Sinne von D_2 hat zwar immer etwas mit Universalität zu tun[180]. Doch Universalität kann in sehr unterschiedlicher Weise verstanden werden. Das Spektrum reicht (mindestens) von spontaner sozialer Homogenität bis zu kategorischer Geltung unabhängig von Raum und Zeit[181]. Dementsprechend unterschiedlich können auch die Gerechtigkeitstheorien ausfallen. Von kommunitaristischer Gruppenbezogenheit bis zu idealistischen Weltrechtssystemen erfüllen unterschiedlichste soziale Ordnungsmodelle die Kriterien von D_2[182]. Die Grenze von begründetem zu nicht begründetem Handeln wird nicht einmal dann in jedem Fall überschritten, wenn Akte allein auf konkret-individueller Willkür beruhen. Zwar schließt das Begründen mindestens ein *Behaupten* intersubjektiver Gültigkeit ein – Gründe wollen vermittelt werden. Doch wenn ein Gerechtigkeitsskeptiker den Standpunkt einnimmt, daß die Richtigkeit des Handelns überhaupt nicht be-

---

179 Vgl. oben S. 66 (idealistische Gerechtigkeitsbegriffe); unten S. 89 (ontologische Naturrechtslehren).

180 Vgl. zur Beziehung zwischen Gerechtigkeitsbegründung und Universalität *M. Fisk,* Justice and Universality (1995), S. 221 ff.; sowie *U. Steinvorth,* Gleiche Freiheit (1999), S. 38 ff. zum notwendigen Universalismus der politischen Philosophie.

181 Insbesondere zu perspektivischer und nichtperspektivischer Universalität siehe *M. Fisk,* Justice and Universality (1995), S. 227 ff.

182 Diese Vielfalt der Theorien entspricht der Vielfalt bei den Gegenständen der Gerechtigkeit; dazu oben S. 62 ff. (Vielfalt der Gegenstände der Gerechtigkeit, Transponierbarkeitsthese). *Rawls* legt seinem Entwurf einen engeren Begriff der normativen Gerechtigkeitstheorie zugrunde, nämlich den einer politisch-sozialen Institutionenlehre. Aufgabe einer Gerechtigkeitstheorie sei lediglich die Entwicklung einer moralischen Konzeption für politische, soziale und ökonomische Institutionen; *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 41, S. 258 ff.

gründbar ist, so ist auch das eine Begründung dafür, alle Handlungen als gleich ungerecht anzusehen[183]. Überhaupt kommt es für die Qualifikation einer Theorie als Gerechtigkeitstheorie nicht auf die tatsächliche Überzeugungskraft der Gründe an.

2. *Die politische Gerechtigkeit (Schwerpunktthese, D_{1P})*

Aus rechtstheoretischer Sicht ist nicht die Gerechtigkeit insgesamt, sondern nur die *politische Gerechtigkeit* interessant, d.h. diejenige »von einem moralischen Standpunkt gegenüber Recht und Staat«[184]. Denn soweit die *Rechtstheorie* sich mit Gerechtigkeit befaßt, ergründet sie deren Bedeutung für das Recht. Da nur die rechtlich geregelte oder rechtlich regelbare Sphäre menschlichen Handelns interessiert, bleiben aus rechtstheoretischer Sicht bestimmte Aspekte der Gerechtigkeit bedeutungslos[185]. So gehört zwar die Frage, ob ein Richter oder Abgeordneter gegen seine Freunde unehrlich ist, gemäß D_1 zur *Gerechtigkeit,* weil hier jemand in bezug auf andere falsch handelt[186]. Sie ist aber von der Frage zu unterscheiden, ob sich ein Richter oder Abgeordneter in Ausübung seines Amtes korrumpieren läßt[187]. Nur im zweiten Fall handelt es sich um *rechtlich* geregelte oder regelbare Handlungsweisen – um politische Gerechtigkeit. Damit teilt sich der politische Gerechtigkeitsbegriff entlang der Dichotomie von Staat und Gesellschaft und gründet so auf die relative Autonomie der Rechtsordnung gegenüber anderen sozialen Ordnungssystemen[188]. Soziale Ordnung wirft in allen Modalitäten, seien sie rechtlich oder gesellschaftlich, Gerechtigkeitsfragen auf, doch nur diejenigen im Regelungsbereich des Staates sollen im folgenden interessieren. In Anlehnung an D_{1N} kann formuliert werden:

> D_{1P}: Politische Gerechtigkeit ist die Geltung von Gerechtigkeitsnormen als Rechtsnormen.

Die Beschränkung auf politische Gerechtigkeit mag zunächst als gewichtige Einschränkung erscheinen. Das täuscht. Tatsächlich beschäftigen sich die meisten Gerechtigkeitstheorien ausschließlich oder ganz überwiegend mit politischer Gerechtigkeit. Durch die »vollständige Verstaatlichung der Gesellschaft«[189] sind fast alle sozialen Fragen zumindest in ihren Rahmenbedingungen auch rechtlich bestimmt, so

---

[183] Vgl. etwa *F. Nietzsche,* Menschliches, Allzumenschliches, Bd. 1 (1878), Vorrede: »Du solltest die *notwendige* Ungerechtigkeit in jedem Für und Wider begreifen lernen, die Ungerechtigkeit als unablösbar vom Leben« (Hervorhebung bei *Nietzsche*). Dazu unten S. 143 ff. (nietzscheanische Grundposition).

[184] Definition bei *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 59; ähnlich S. 28: »die sittliche Perspektive auf Recht und Staat«.

[185] Dazu oben S. 38 (Gerechtigkeit in der Rechtstheorie).

[186] Vgl. oben S. 50 (D_1); S. 56 ff. (weit verstandener Gleichheitsbezug).

[187] Zu diesem Beispiel siehe *O. Höffe,* Gerechtigkeit als Tausch? (1991), S. 13.

[188] Zum autopoietischen Autonomiebegriff als der 'operativen Geschlossenheit eines Systems' und zur systemtheoretischen These von der relativen Autonomie des Rechts vgl. *N. Luhmann,* Das Recht der Gesellschaft (1993), S. 62 ff. Ob diese These richtig ist, kann hier nicht untersucht werden.

[189] So die weitgehende, aber inzwischen für die meisten Staaten wohl zutreffende Einschätzung bei *A. Aarnio,* Zur Legitimation des Rechts (1989), S. 144.

daß der Anwendungsbereich einer Gerechtigkeitstheorie durch die Fokussierung auf Fragen politischer Gerechtigkeit sachlich kaum beschränkt ist. Die Gerechtigkeitstheorie kann eng auf einzelne Fragen konzentriert sein, etwa bei einer Theorie über die Gerechtigkeit der Verteilungsprinzipien in der Organtransplantation oder über die Gerechtigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, oder sehr weit, beispielsweise in einer Theorie über die Gerechtigkeit der Weltordnung, wie sie völkerrechtlich durch die Staatengemeinschaft determiniert wird. Auch die Frage, ob eine Materie überhaupt rechtlich geregelt ist, gehört zur politischen Gerechtigkeit[190].

Typischerweise beschäftigt sich eine Gerechtigkeitstheorie mit der Gerechtigkeit einer staatlichen Rechtsordnung. Es ist kein Zufall, daß sich die staatliche Ordnung als Anwendungsbereich der meisten Gerechtigkeitstheorien herausgebildet hat, sondern Effekt der besonderen Bedeutung der staatlichen Rechtsordnung in der Moderne. Gerechtigkeitsfragen stellen sich dort am dringlichsten, wo die soziale Ordnung ihre stärkste Prägung erfährt. Dies ist nach wie vor die Domäne der einzel- und territorialstaatlich verfaßten Rechtsordnung. Der überstaatlichen Völkerrechtsordnung fehlt eine dem einzelstaatlichen Recht vergleichbare Durchsetzungskraft. Die rein gesellschaftlichen, d.h. nichtstaatlichen Bereiche sozialer Ordnung entfalten ihre normative Kraft nur dort, wo dies der rechtliche Rahmen des staatlichen Gewaltmonopols zuläßt. Einzelne Rechtsgebiete ordnen sich dabei der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung sowohl ein als auch unter. Soziale Ordnung ist darum am stärksten durch die jeweilige Verfassungsrechtsordnung eines Territorialstaates geprägt. Gerechtigkeitsfragen stellen sich bezogen auf dieses Ordnungsprimat der Verfassung am dringendsten und Gerechtigkeitstheorien wählen die Verfassungsordnung demgemäß am häufigsten als Anwendungsbereich. Als Konsequenz aus der Erkenntnis, daß die hier interessierenden Gerechtigkeitstheorien in erster Linie die *politische Gerechtigkeit* zum Gegenstand haben (*Schwerpunktthese*), werden im folgenden unter den Gerechtigkeitstheorien – soweit nicht ausdrücklich anders erwähnt – nur diejenigen untersucht, die (unmittelbar oder mittelbar) die *Gerechtigkeit der staatlichen Rechtsordnung* beurteilen.

3. *Die Umstände der Gerechtigkeit (D. Hume)*

Von *Hume* stammt die These von den 'Umständen der Gerechtigkeit' (*circumstances of justice*)[191], die in gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorien aufgegriffen wird[192]. Nach ihr ist Gerechtigkeit eine künstliche Tugend (*artificial virtue*), von menschlichen Konventionen abhängig und nur unter bestimmten Umständen überhaupt relevant. Zu

---

190 Dazu oben S. 38 (Gerechtigkeit in der Rechtstheorie).

191 Vgl. *D. Hume,* A Treatise of Human Nature, Bd. III: Of Morals (1740), Teil II: Of Justice and Injustice, Abschnitt II: Of the Origin of Justice and Property – 'natural temper' und 'outward circumstances' sowie ausdrücklich: »Here then is a proposition which, I think, may be regarded as certain, *that it is only from the selfishness and confined generosity of man, along with the scanty provision nature has made for his wants that justice derives its origin.*« (Hervorhebung bei *Hume*); *ders.,* An Enquiry Concerning the Principles of Morals (1751), Abschnitt III: Of Justice, Teil I sowie Anhang III: Some Further Considerations With Regard to Justice.

192 Etwa *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 22, S. 126 ff.; *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 152 ff. Vgl. auch die *causal connexions* bei *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 190 ff. (*human vulnerability, approximate equality, limited altruism, limited resources, limited understanding and strength of will*).

diesen Umstände gehört, daß *erstens* Menschen zusammen leben, sich ungefähr gleichen, nicht alle Interessen gemeinsam haben, über begrenzte psychologische, emotionale und intellektuelle Kapazitäten verfügen, vor allem über begrenzte Großzügigkeit (*limited generosity*), und deshalb konfligierende Ansprüche geltend machen, sowie *zweitens* bezüglich der verfügbaren Güter moderate Knappheit besteht (*moderate scarcity*).

Daß die Gerechtigkeit bei *Hume* gar nicht als eine 'natürliche' Tugend, sondern als eine künstliche gilt, sei hier dahingestellt[193]. Wichtig ist allein, ob *Humes* These etwas am Begriff der Gerechtigkeit ändert (D_1) oder die Schwerpunktthese zur politischen Gerechtigkeit erschüttern kann (vgl. D_{1P}). Beides ist nicht der Fall. Der Gerechtigkeitsbegriff berücksichtig *Humes* 'Umstände' bereits im Definitionselement der 'Pflichtigkeit'. Wenn Güter im Überfluß bestehen, dann tendiert die Pflicht, auf andere bei der Güterverteilung Rücksicht zu nehmen, gegen Null. Wenn lebensbedrohliche Knappheit eintritt, dann ist eine Pflicht zur Rücksichtnahme nicht länger zumutbar. Wo keine Pflichten begründbar sind, kann von Gerechtigkeit nicht mehr gesprochen werden. Darin bestätigt sich die These *Humes*. Deshalb wird die Gerechtigkeit, besonders die *politische* Gerechtigkeit, aber nicht bedeutungslos. Die *conditio humana* liegt ja gerade zwischen dem paradiesischen Zustand des Gartens Eden und der lebensgefährlichen Notlage eines Schiffbruchs. In aller Regel finden wir, irgendwo zwischen Überfluß und Lebensnot, den Zustand moderater Knappheit vor, der Gerechtigkeitsfragen in der staatlichen Rechtsordnung wichtig werden läßt. *Humes* These von den Umständen der Gerechtigkeit muß deshalb als Bestätigung der Schwerpunktthese gesehen werden, nicht als ihre Infragestellung.

II. Zur Klassifizierung von Gerechtigkeitstheorien

Unter dem Oberbegriff der Gerechtigkeitstheorien finden sich Entwürfe vereinigt, die in verschiedenen Disziplinen, zu unterschiedlichen Zeiten und in voneinander durch Sprach- und Traditionsbarrieren getrennten Forschungszyklen entstanden sind. So sind in der Gattung der Gerechtigkeitstheorien beispielsweise europäisch dominierte Diskurstheorien mit angloamerikanisch geprägten Entscheidungs- und neueren Sozialvertragstheorien vereinigt, obwohl diese Denktraditionen und Theoriegattungen abgesehen von der Aufgabenstellung wenig verbindet. Daraus ergibt sich eine Klassifizierungsaufgabe als Grundlage jeder vergleichenden Theorieanalyse.

Die Bedeutung einer Klassifizierung von Theorien folgt in erster Linie aus ihrer *Definitionswirkung*, d.h. aus dem Umstand, daß eine Klassifizierung Theorien nicht nur irgendwie gruppiert, sondern dabei gleichzeitig festlegt, was als *relevantes Kriterium* der Unterscheidung herangezogen werden soll. Will man den methodischen Fehler vermeiden, Inkommensurables zu vergleichen, und andererseits die in der gegenwärtigen Literatur beklagenswerte Zersplitterung nicht weiter vertiefen, die

---

193 *D. Hume*, A Treatise of Human Nature, Bd. III: Of Morals (1740), Teil II: Of Justice and Injustice, Abschnitt I: Justice, whether a natural or artificial virtue? Vgl. dazu etwa *H. Pauer-Studer*, Das Andere der Gerechtigkeit (1996), S. 201 ff. (205) – natürliche Tugenden bedürfen nicht der Übereinkunft, um dem allgemeinen Wohlergehen förderlich zu sein.

dadurch entsteht, daß lediglich einzelne Aspekte einzelner Theorien aus der Sicht einzelner anderer Theorien analysiert und kritisiert werden, dann muß das Kriterium für die Klassifizierung mit Bedacht gewählt werden. Es geht – und das macht das Gewicht der Definitionswirkung aus – um die *inhaltliche* Frage, welcher Baustein von Gerechtigkeitstheorien wichtiger als alle anderen Elemente ist: *Was ist das grundlegendste Merkmal, mit dem Theorien sinnvoll vergleichbar und unterscheidbar werden?* In der Literatur zu Gerechtigkeitstheorien sind unterschiedliche Vorschläge für die Festlegung des Klassifizierungskriteriums gemacht worden, die im weiteren auf ihre Eignung zu untersuchen sind[194]. Zuvor aber soll eine Klassifizierung nach Grundpositionen der politischen Philosophie vorgestellt werden, die als grundlegendstes Merkmal und wichtigster Baustein von Gerechtigkeitstheorien deren *Konzeption der praktischen Vernunft* ansieht.

1. Vier Grundpositionen der politischen Philosophie (R. Alexy)

Es können – in Anwendung einer von *Alexy* stammenden Unterscheidung[195] – unter Bezugnahme auf ihre historischen Vorbilder vier Grundpositionen der politischen Philosophie und damit auch vier Grundpositionen von Gerechtigkeitstheorien unterschieden werden: die 'aristotelische', die 'hobbesianische', die 'kantische' und die 'nietzscheanische'. Diese Einteilung bildet den Ausgangspunkt für die hier zugrunde gelegte Klassifizierung[196] und wird in der Analyse und Kritik wieder aufgegriffen[197]. Eine Zuordnung einzelner Theorien zu den Grundpositionen will dabei nicht behaupten, daß in jedem Fall eine *Traditionslinie* bestünde, durch die sich die Theorie mit dem historischen Vorläufer ideen- oder dogmengeschichtlich verbinden ließe. Es geht lediglich um die Herausarbeitung des grundlegendsten Unterscheidungsmerkmals von Gerechtigkeitstheorien: der jeweiligen *Konzeption der praktischen Vernunft*.

Die Grundpositionen sollen hier *abschließend* verstanden werden und müssen deshalb so voneinander unterschieden werden, daß sie auf beiden Seiten eines jeden Abgrenzungskriteriums alle möglichen Standpunkte der politischen Philosophie erfassen (Klassenverhältnis der exklusiven Alternativität). Wegen der unbestimmbaren Vielzahl der gegenwärtig und zukünftig vertretenen Standpunkte ist diese Vollständigkeit nur erreichbar, wenn die Grundpositionen allgemein als solche der praktischen Philosophie formuliert werden. Denn *jeder* praktischen Philosophie liegt eine

---

194 Dazu unten S. 102 (Sozialvertragstheorien als Theorienklasse); S. 103 ff. (andere Klassifizierungen).

195 Dazu *R. Alexy*, Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft (1993), S. 11 ff.; *ders.*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 127. Der Sache nach findet sich die Unterscheidung etwa auch bei *Apel*, in dessen Gruppierung der Konzeptionen rationalen Handelns, bei der er das aristotelische Konzept teleologischer Handlungen und das hobbesianische und lockeanische Konzept des strategischen Handelns von dem kantischen Konzept der praktischen Vernunft unterscheidet; *K.-O. Apel*, Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 26 f. Weitgehende Parallelen gibt es auch in der Unterscheidung von agnostischen, analytischen, formalen und materialen Gerechtigkeitstheorien bei *H. Klenner*, Über die vier Arten von Gerechtigkeitstheorien gegenwärtiger Rechtsphilosophie (1995), S. 137 ff.

196 Dazu unten S. 143 ff. (Dritter Teil).

197 Dazu unten S. 261 ff. (Vierter Teil).

bestimmte Konzeption der praktischen Vernunft zugrunde, an der sich die Abgrenzungskriterien orientieren können[198]. Die Charakteristika der einzelnen Grundpositionen werden im einzelnen erst bei der Darstellung der Theorien relevant[199]. An dieser Stelle geht es zunächst nur um die Identifizierung von drei Abgrenzungskriterien und die aus diesen Kriterien entstehende Klassifizierungsstruktur.

a) Die nietzscheanische Grundposition

Das erste Abgrenzungskriterium, mit dem Theorien der *nietzscheanischen* Grundposition von allen anderen unterschieden werden, ist das der *Begründbarkeit praktischer Vernunft*[200]. Nietzscheanische Theorien halten die Richtigkeit des Handelns für *nicht begründbar*[201] und nehmen insoweit eine Position grundlegender *Skepsis* ein[202]. Eine

---

[198] Eine Theorie *ohne* Konzeption der praktischen Vernunft könnte nicht Teil der praktischen Philosophie sein, da praktische Philosophie die Richtigkeit des Handelns betrifft (dazu oben S. 27: Gerechtigkeit und praktische Vernunft) und deshalb begrifflich notwendig eine Aussage darüber voraussetzt, was diese Richtigkeit des Handelns ausmacht, also eine Aussage über praktische Vernunft.

[199] Dazu unten S. 143 ff. (Dritter Teil).

[200] Ausführlicher zur Skepsis gegenüber der Existenz praktischer Vernunft *R. Alexy,* Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft (1993), S. 11.

[201] Vgl. etwa *F. Nietzsche,* Menschliches, Allzumenschliches, Bd 1 (1878), Nr. 25, S. 466: »Die ältere Moral, namentlich die Kants, verlangt vom einzelnen Handlungen, welche man von allen Menschen wünscht: das war eine schöne naive Sache; ... Vielleicht läßt es ein zukünftiger Überblick über die Bedürfnisse der Menschheit durchaus nicht wünschenswert erscheinen, daß alle Menschen gleich handeln, vielmehr dürften im Interesse ökumenischer Ziele für ganze Strecken der Menschheit spezielle, vielleicht unter Umständen sogar böse Aufgaben zu stellen sein.« Ebd., Nr. 34, S. 472: »Denn ein Sollen gibt es nicht mehr; die Moral, insofern sie ein Sollen war, ist ja durch unsere Betrachtungsart ebenso vernichtet wie die Religion.« Ebd., Bd. 2 (1879), Der Wanderer und sein Schatten, Nr. 2, S. 873: »*Die Vernunft der Welt.* - Daß die Welt *nicht* der Inbegriff einer ewigen Vernünftigkeit ist, läßt sich endgültig dadurch beweisen, daß jenes *Stück Welt,* welches wir kennen - ich meine unsre menschliche Vernunft -, nicht allzu vernünftig ist. Und wenn *sie* nicht allezeit und vollständig weise und rationell ist, so wird es die übrige Welt auch nicht sein; hier gilt der Schluß *a minori ad majus, a parte ad totum,* und zwar mit entscheidender Kraft.« (Hervorhebungen bei *Nietzsche*); *ders.,* Also sprach Zarathustra (1883), Von den Lehrstühlen der Tugend, S. 297: »Auch noch heute wohl gibt es einige, wie diesen Prediger der Tugend, und nicht immer so Ehrliche: aber ihre Zeit ist um. Und nicht mehr lange stehen sie noch: da liegen sie schon.« Ebd., Vor Sonnen-Aufgang, S. 416: »bei allem ist eins unmöglich – Vernünftigkeit!« Ebd., Vom neuen Götzen: »Staat heisst das kälteste aller kalten Ungeheuer. Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem Munde: 'Ich, der Staat, bin das Volk.'«

[202] Vgl. etwa *F. Nietzsche,* Menschliches, Allzumenschliches, Bd. 1 (1878), Vorrede, Nr. 6, S. 443: »Du solltest die *notwendige* Ungerechtigkeit in jedem Für und Wider begreifen lernen, die Ungerechtigkeit als unablösbar vom Leben, das Leben selbst als *bedingt* durch das Perspektivische und seine Ungerechtigkeit« (Hervorhebung bei *Nietzsche*); ebd., Bd. 2 (1879), Vorrede, Nr. 1, S. 737 f.: »Als ich sodann, in der dritten Unzeitgemäßen Betrachtung, meine Ehrfurcht vor meinem ersten und einzigen Erzieher, vor dem *großen* Arthur Schopenhauer zum Ausdruck brachte ..., war ich für meine eigne Person schon mitten in der moralistischen Skepsis und Auflösung drin, *das heißt ebensosehr in der Kritik als der Vertiefung alles bisherigen Pessimismus* -, und glaubte bereits 'an gar nichts mehr', wie das Volk sagt, auch an Schopenhauer nicht« (Hervorhebung bei *Nietzsche*). Dazu unten S. 143 (Charakteristika der nietzscheanischen Grundposition).

solche Position ist beispielsweise in der nonkognitivistischen Ethik nachweisbar[203]. Vereinfacht läßt sich festhalten: Die nietzscheanische Perspektive ist diejenige der *Gerechtigkeitsskepsis.*

b) *Die aristotelische Grundposition*

Die nicht-nietzscheanischen Theorien halten praktische Vernunft für möglich und Gerechtigkeit für positiv begründbar. Unter ihnen begründen die Theorien der *aristotelischen* Tradition die Richtigkeit eines Handelns damit, daß es (extrinsisch) *gut für etwas* ist (Konzeption des Guten)[204], während die übrigen Theorien danach fragen, ob das Handeln (intrinsisch) *um seiner selbst willen richtig* ist (Konzeption des Richtigen). Die aristotelischen Theorien zeichnen sich also dadurch aus, daß sie eine inhaltliche Zielvorstellung davon haben, was im Ergebnis gut ist. Die aristotelische Perspektive ist diejenige der Tugendhaftigkeit.

c) *Die hobbesianische Grundposition*

Den nicht-aristotelischen Theorien fehlt eine vorgefaßte Konzeption des Guten. Bei ihnen richtet sich Gerechtigkeit danach, ob das Handeln selbst richtig ist. Eine Handlungsweise kann also unter Umständen falsch sein, obwohl sie ein gutes Ergebnis bewirkt[205]. Unter solchen Theorien kennzeichnet diejenigen der *hobbesianischen* Grundposition, daß sie die Richtigkeit des Handelns rationalistisch danach beurteilen, ob es *für den einzelnen vorteilhaft* ist[206]. Die hobbesianische Perspektive ist diejenige des egoistischen Nutzenmaximierers.

d) *Die kantische Grundposition*

Übrig bleiben diejenigen Theorien, die nicht allein danach fragen, was für den einzelnen vorteilhaft ist. Sie können, in einem weiten Verständnis, als Theorien der *kantischen* Grundposition bezeichnet werden, weil sie danach fragen, was (universell)

---

[203] Hierzu *R. Alexy,* Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft (1993), S. 11 mit Nachweisen zum Emotivismus.

[204] Vgl. *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, I 1 (1094a 1-3), übers. v. *O. Gigon*: »Jede Kunst und jede Lehre, ebenso jede Handlung und jeder Entschluß scheint irgendein Gut zu erstreben. Darum hat man mit Recht das Gute als dasjenige bezeichnet, wonach alles strebt.« Vgl. dazu ebd., übers. v. *F. Dirlmeier:* »Jedes praktische Können und jede wissenschaftliche Untersuchung, ebenso alles Handeln und Wählen strebt nach einem Gut, wie allgemein angenommen wird. Daher die richtige Bestimmung von 'Gut' als 'das Ziel, zu dem alles strebt'.« Dazu unten S. 152 (Charakteristika der aristotelischen Grundposition).

[205] *S. Scheffler,* Rejection of Consequentialism (1994), S. 2.

[206] Vgl. *T. Hobbes,* Leviathan (1651), Kapitel 17: »The finall Cause, End, or Designe of men, (who naturally love Liberty, and Dominion over others,) in the introduction of that restraint upon themselves, (in which wee see them live in Common-wealths,) is the foresight of their own preservation, and of a more contented life thereby«. Dazu unten S. 167 (Charakteristika der hobbesianischen Grundposition).

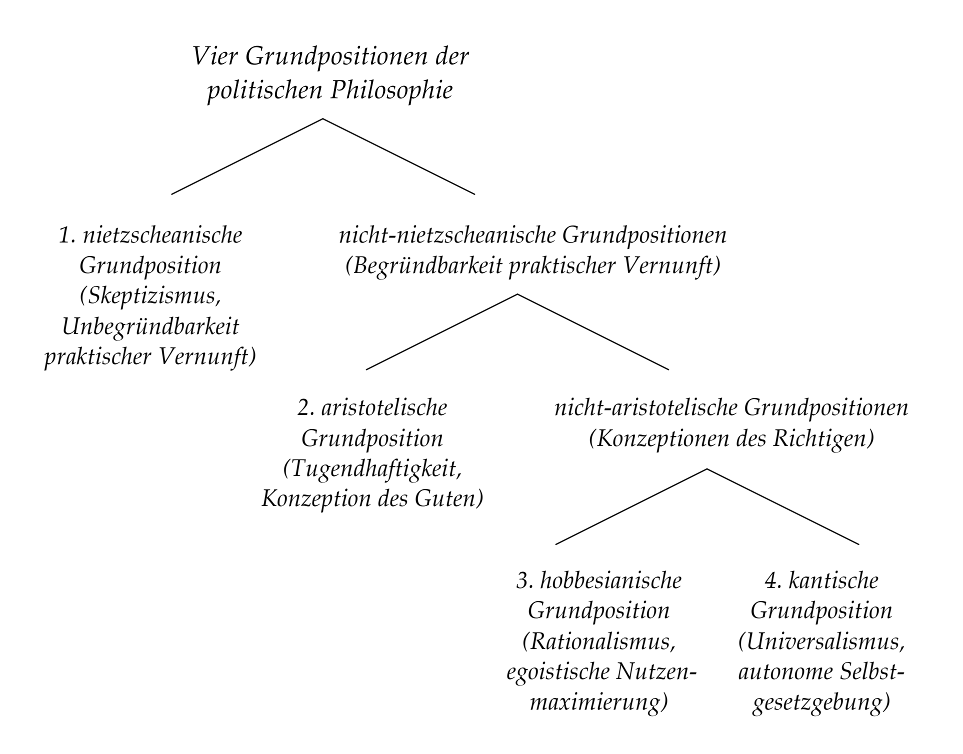
richtig *auch für andere* und damit letztlich *für alle* ist[207]. Die kantische Grundposition ist diejenige des autonomen Selbstgesetzgebers[208].

e) Ein abschließendes Schema der Grundpositionen

Mit diesen drei Abgrenzungskriterien entsteht folgende Struktur einer abschließenden Klassifizierung nach Grundpositionen:

[207] Vgl. den kategorischen Imperativ bei *I. Kant,* KpV (1788), A 54: »Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.« Von den sog. hypothetischen Imperativen unterscheidet sich der kategorische dadurch, daß er *apriorischen* Charakter hat, weil er frei von Begierden und Neigungen, Glücksstreben und aller sonstigen empirischen Erfahrung ist. Er gilt als (bloß formaler) synthetischer Satz a priori und besitzt damit Denknotwendigkeit. Vgl. *I. Kant,* KpV (1788), A 38, A 48, A 55 sowie A 63: »Alle praktischen Prinzipien, die ein *Objekt* (Materie) des Begehrungsvermögens, als Bestimmungsgrund des Willens, voraussetzen, sind insgesamt empirisch und können keine praktische[n] Gesetze abgeben. ... Wenn ein vernünftiges Wesen sich seine Maximen als praktische allgemeine Gesetze denken soll, so kann es sich dieselbe[n] nur als solche Prinzipien denken, die, nicht der Materie, sondern bloß der Form nach, den Bestimmungsgrund des Willens enthalten. ... Denn der Gedanke a priori von einer möglichen allgemeinen Gesetzgebung, der also bloß problematisch ist, wird, ohne von der Erfahrung oder irgend einem äußeren Willen etwas zu entlehnen, als Gesetz unbedingt geboten. ... Das Prinzip der Glückseligkeit kann zwar ... *generelle,* aber niemals *universelle* Regeln, d.i. solche, die im Durchschnitte am öftersten zutreffen, nicht aber solche, die jederzeit und notwendig gültig sein müssen, geben« (Hervorhebungen bei *Kant*).

[208] Vgl. *I. Kant,* KpV (1788), A 58: »Die *Autonomie* des Willens ist das alleinige Prinzip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten; alle *Heteronomie* der Willkür gründet dagegen nicht allein gar keine Verbindlichkeit, sondern ist vielmehr dem Prinzip derselben und der Sittlichkeit des Willens entgegen.« Dazu unten S. 198 (Charakteristika der kantischen Grundposition).



Wenn in der politischen Philosophie auf die historischen Vorbilder von *Aristoteles, Hobbes* und *Kant* zurückgegriffen wird, so stellt sich unmittelbar die Frage, warum nicht auch *John Locke* berücksichtigt wird: gibt es nicht auch eine '*lockeanische Grundposition'?* Immerhin hat *Locke* mit der Idee vorpositiver Rechte einen grundlegenden Gegenentwurf zum hobbesianischen Naturzustand vorgelegt[209]. Damit kann er, bei allen Unterschieden im Detail, als Vorläufer des Konzepts universeller Menschenrechte angesehen werden. Außerdem hat *Locke* im Rahmen seiner Arbeitstheorie des

[209] Vgl. *J. Locke,* Two Treatises of Government (1698), II § 6: »The *State of Nature* has a Law of Nature to govern it, which obliges every one: And Reason, which is that Law, teaches all Mankind, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his Life, Health, Liberty, or Possession. ... Every one as he is *bound to preserve himself,* and not to quit his Station wilfully; so by the like reason when his own Preservation comes not in competition, ought he, as much as he can, *to preserve the rest of Mankind,* and may not unless it be to do Justice on an Offender, take away, or impair the life, or what tends to the Preservation of the Life, the Liberty, Health, Limb or Goods of another.« (Hervorhebungen bei *Locke*). Ebd., II § 19: »And here we have the plain *difference between the State of Nature, and the State of War,* which however some Men have confounded, are as far distant, as a State of Peace, Good Will, Mutual Assistance, and Preservation, and a State of Enmity, Malice, Violence, and Mutual Destruction are one from another. Men living together according to reason, without a common Superior on Earth, with Authority to judge between them, is *properly the State of Nature.*« (Hervorhebungen bei *Locke*).

Eigentums[210] und seiner Aneignungstheorie[211] die sogenannte *Lockesche Provisio* entwickelt[212]. Sie wird von gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorien als allgemeines Schädigungsverbot interpretiert und in dieser Fassung als Vorbild aufgegriffen[213]. Wenn die politischen Philosophien von *Hobbes* und *Kant* in gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorien von *Buchanan* und *Rawls* ihre Aktualisierung finden, so läßt sich für *Locke* zumindest *Nozick* anführen[214]. Doch kann die damit beschriebene Aktualität der lockeschen Philosophie nicht dazu führen, eine weitere Grundposition zu definieren. Denn *die Idee der vorpositiven Rechte,* auf die letztlich alle Erscheinungsformen der *Locke*-Renaissance zurückgreifen, *läßt sich nicht auf eine bestimmte Konzeption praktischer Vernunft festlegen. Locke* selbst hat sie theistisch begründet[215], also im Rahmen einer Naturrechtslehre, die für das Handeln ein substantiell als richtig erkanntes Ziel vorgibt und somit nach der hier getroffenen Einteilung den Theorien der aristotelischen Grundposition zuzurechnen ist[216]. *Gauthier* hat, in Abgrenzung zu *Locke,* eine transzendental-rationalistische Begründung versucht, die er der hobbesianischen Grundposition zurechnet, die aber tatsächlich moralische Gehalte wie eine kantische Theorie aufweist[217]. Und *Nozick* hat die universelle (moralische) Gültigkeit vorpositiver Rechte postuliert, sich aber von der substantiell-naturrechtlichen Begründung *Lockes* distanziert und diese durch ein Vorteilskalkül ersetzt, so daß die Zuordnung zur hobbesianischen Grundposition geboten erscheint[218]. Wegen dieser Unbestimmtheit hinsichtlich des Begründungskonzeptes gilt: Für die Idee vorpositiver

---

[210] *J. Locke,* Two Treatises of Government (1698), II § 45: »Thus *Labour,* in the Beginning, *gave the Right of Property,* where-ever any one was pleased to imploy it, upon what was common, which remained, a long while, the far greater part, and is yet more than Mankind makes use of.« Sowie ebd., II § 51: »And thus, I think, it is very easie to conceive without any difficulty, *how Labour could at first begin a title of Property* in the common things of Nature, and how the spending it upon our uses bounded it.« (Hervorhebungen bei *Locke*).

[211] Dazu *J. Locke,* Two Treatises of Government (1698), II §§ 25 ff.

[212] Die vielzitierte Stelle »still enough, and as good left« findet sich in *J. Locke,* Two Treatises of Government (1698), II § 33: »Nor was this [original] *appropriation* of any parcel of *Land,* by improving it, any prejudice to any other Man, since there was still enough, and as good left; and more than the yet unprovided could use.« (Hervorhebungen bei *Locke*).

[213] Dazu unten S. 180 ff. (*Gauthier*) und S. 205 ff. (*Nozick*).

[214] Mit diesen drei Parallelen zwischen Aufklärungsphilosophen und gegenwärtigen Gerechtigkeitstheoretikern: *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 92; *P. Koller,* Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987), S. 135 ff.

[215] Dazu Kritik etwa bei *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 222: »Locke, ... his moral theory, unlike Hobbes's, is overtly theistic.« Der theistische Bezug läßt sich im Werk an vielen Stellen belegen, z.B. im unmittelbaren Begründungszusammenhang mit den vorpositiven Rechten im Naturzustand: *J. Locke,* Two Treatises of Government (1698), II § 6: »For Men being all the Workmanship of one Omnipotent, and infinitely wise Maker«. Ebenso im Begründungszusammenhang mit der Aneignungs- und Eigentumstheorie: ebd., II § 26: »God, who hath given the World to Men in common, hath also given them reason to make use of it to the best advantage of Life, and convenience.« Vgl. *R. Dreier,* Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht (1986), S. 172 ff. – *Lockes* Eigentumstheorie im Vergleich zu den Theorien von *Kant, Hegel* und *Fichte.*

[216] Dazu oben S. 89 (Begriff der Naturrechtslehre) sowie unten S. 154 (ontologische Naturrechtslehren).

[217] Dazu oben S. 83 (aristotelische Grundposition) sowie unten S. 180 ff. (*Gauthier*).

[218] Dazu unten S. 205 ff. (*Nozick*).

Rechte, und damit für das historische Vorbild Lockes, kann keine eigene Grundposition formuliert werden.

2. *Zu einigen ergänzenden Differenzierungen*

Dem grundlegenden Unterschied zwischen prozeduralen und materialen Theorien der Gerechtigkeit ist ein eigener Abschnitt gewidmet[219]. Es gibt daneben noch eine Reihe anderer Differenzierungen, die jenseits der Unterscheidung nach Konzeptionen praktischer Vernunft Beachtung verdienen. Es geht dabei – nicht abschließend[220] – um solche Gruppenbildungen, die *nicht alternativ* der Klassifizierung nach Grundpositionen entgegenstehen, sondern vielmehr *ergänzend* neben diese treten, weil sie auf einer anderen Ebene liegen.

a) *Empirische, analytische und normative Theorien*

Auch innerhalb der politischen Gerechtigkeit[221] ist bei Gerechtigkeitstheorien nach der angewandten Methode und dem untersuchten Gegenstand zwischen analytischen, empirischen und normativen Theorien zu unterscheiden[222]. Analytische Theorien fragen nach der logischen Struktur theoretischer Aussagen zur Gerechtigkeit[223] und sind regelmäßig bloß unselbständige Teile derjenigen empirischen und normativen Theorien, deren nichtanalytische Aussagen über Gerechtigkeit sie zum Gegenstand nehmen[224]. Empirische Theorien, insbesondere soziologische oder psychologische, untersuchen die soziale Realität von Gerechtigkeit[225]. Sie erforschen beispielsweise, wann eine Person, Handlung oder Institution als gerecht oder ungerecht empfunden wird (Sozialpsychologie), wie sich das Potential, Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit zu empfinden, entwickelt (Entwicklungspsychologie), von welchen Parametern eine solche Empfindung real abhängt und ob zwischen dem Gerechtigkeitsempfinden und einem objektiv als richtig erkennbaren (weil nach unstreitigen Kriterien begründeten) Ergebnis ein signifikanter Zusammenhang besteht[226]. Normative Theorien dagegen verfolgen Fragestellungen, die unabhängig von einer bestimmten sozialen oder personalen Realität sind. Sie beurteilen die Geltung von Gerech-

---

219 Dazu unten S. 139 ff. (Grenzziehung).

220 Zu den Unterscheidungen, die hier nicht weiter verfolgt werden, gehört diejenige zwischen 'definitorischen und kriteriologischen Gerechtigkeitstheorien'; vgl. dazu *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 227 m.w.N. in Fn. 16.

221 Zur politischen Gerechtigkeit vgl. oben S. 78 (Schwerpunktthese).

222 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 96 f., 106 ff.

223 Vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 106: »*Analytische Gerechtigkeitstheorien* sind Theorien über logische Strukturen und sprachliche Gehalte des Gerechtigkeitsbegriffs und seine Verwendung in Gerechtigkeitsurteilen.« (Hervorhebung bei *Dreier*).

224 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 106: »in der Regel sind analytische Gerechtigkeitstheorien Teiltheorien empirischer oder normativer Gerechtigkeitstheorien.«

225 Vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 106: »*Empirische Gerechtigkeitstheorien* sind Theorien darüber, welche Gerechtigkeitsvorstellungen in einer Gesellschaft tatsächlich vertreten wurden oder werden, wie sie historisch, soziologisch, psychologisch oder ökonomisch zu erklären sind und welche Rolle sie in welchen Hinsichten tatsächlich gespielt haben oder spielen.« (Hervorhebung bei *Dreier*).

226 Siehe *K.F. Röhl,* Verfahrensgerechtigkeit (1993), S. 9 ff.; *ders.,* Procedural Justice (1997), S. 7 ff.

tigkeitsnormen, suchen also nach Kriterien der Gerechtigkeit[227]. Als Teil der politischen Philosophie fragen normative Gerechtigkeitstheorien danach, welche sozialen Arrangements verteidigt werden können[228].

Auch analytische und empirische Theorien sind Gerechtigkeitstheorien im Sinne von D_2, denn auch sie sagen etwas über die Behauptung der Gerechtigkeit – erstere etwa hinsichtlich der logischen Widerspruchsfreiheit, letztere mit Verweisen auf die soziale Wirklichkeit. Aus rechtstheoretischer Sicht gebührt normativen Theorien indes die größte Aufmerksamkeit, denn nur sie fragen nach Maßstäben für die soziale und damit auch rechtliche Ordnung unabhängig davon, was ohnehin schon Realität ist. Gleichzeitig stellt sich die Gerechtigkeitsbegründung in normativen Theorien am schwierigsten dar. Während analytische und empirische Gerechtigkeitsforschung methodisch auf einigermaßen festem Fundament ruhen, betrifft die Auseinandersetzung bei normativen Gerechtigkeitstheorien häufig schon Meinungsunterschiede über methodische Fragen. Nun kann und muß hier keine neue Methodik entwickelt werden. Doch ist es für eine kritische Analyse der Theorien hilfreich, wenn eine Klassifizierung gewählt wird, die sich eng an das methodische Fundament der Theorien anlehnt. Genau das geschieht bei der Klassifizierung nach Grundpositionen. Sie macht die unterschiedlichen Konzeptionen praktischer Vernunft zum Ausgangspunkt und betont damit gleichzeitig einen grundlegenden methodischen Unterschied, der etwa zwischen (hobbesianischen) Theorien rationalen Entscheidens und (kantischen) Diskurstheorien bestehen.

b) Begründungs- und Erzeugungstheorien

Unter den Gerechtigkeitstheorien sind im Anschluß an *Ralf Dreier* Begründungs- und Erzeugungstheorien der Gerechtigkeit zu unterscheiden[229]. Erstere betreffen – ganz im Wortsinne von D_2 – das Anführen von Gründen für die Behauptung der Gerechtigkeit, also die Erkenntnis über die Richtigkeit des Handelns. Letztere dagegen fragen, wie Gerechtigkeit real erzeugt werden kann, betreffen also das konkrete Handeln gemäß als richtig erkannten Maßstäben[230]. Sie haben als solche keinen Erkenntnis-, sondern vielmehr einen »heuristischen Wert«[231] – werden Mittel zur effizienten

---

[227] Vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107: »*Normative Gerechtigkeitstheorien* sind Theorien darüber, welche Gerechtigkeitsvorstellungen und -urteile ethisch gerechtfertigt sind bzw. auf welche Weise sie sich ethisch rechtfertigen lassen.« (Hervorhebung bei *Dreier*). Ähnlich *K.E. Soltan,* The Causal Theory of Justice (1987), S. 58: »A normative theory is a set of rules and principles that constitutes possible justifications for a variety of decisions.«

[228] *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 3.

[229] Grundlegend zur Unterscheidung *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107, 113 ff.; ähnlich *G.-P. Calliess,* Prozedurales Recht (1999), S. 30 sowie S. 35 f. mit Fn. 132. Vgl. oben S. 74 (Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen) sowie unten S. 133 (prozedurale Gerechtigkeitserzeugungstheorien).

[230] Vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 113: »Gerechtigkeitserzeugungstheorien sind Theorien über Verfahren, deren Einhaltung gewährleisten soll, daß das in ihnen erzeugte Recht gerecht ist, oder, schwächer ausgedrückt, deren Einhaltung nach Maßgabe des Möglichen verhindern soll, daß ungerechtes Recht erzeugt wird.«

[231] So die insoweit treffende Beurteilung bei *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 20. *Kaufmann* bezieht diese Beschreibung indes auf hypothetische (Denk-) statt auf reale

Zielerreichung anderweitig begründeter Ziele. Beispielweise liegt eine Gerechtigkeits*erzeugungs*theorie vor, wenn die Verfahrensbedingungen bestimmt werden, unter denen die Verurteilung schuldiger Straftäter (und *nur* der Schuldigen) am besten gelingt. Auch die demokratische Wahlrechtstheorie (wie die Theorie des demokratischen Verfassungsstaates insgesamt)[232] ist eine Gerechtigkeitserzeugungstheorie, deren Gerechtigkeitsmaßstab (Selbstregierung der Betroffenen durch legitimierte Vertreter) bereits feststeht. Selbst eine Theorie der Vertragsfreiheit, die die Gerechtigkeit privatautonomer, nicht staatlicher Rechtserzeugung betrifft, ist Gerechtigkeitserzeugungstheorie[233].

In allen diesen Beispielen besteht unabhängig vom Verfahren ein Maßstab für die Gerechtigkeit des Ergebnisses (Schuld des Straftäters, Repräsentation der Gewählten, Verwirklichung von Privatautonomie). Durch die Abhängigkeit von solchen Maßstäben ist die Erzeugung von Gerechtigkeit stets auf die Begründung von Gerechtigkeitsurteilen angewiesen. In jedem konkreten Einzelfall des gerechten Handelns muß zunächst bestimmt werden, was überhaupt als gültiger Grund für oder gegen ein Gerechtigkeitsurteil anerkannt werden soll, warum also ein Täter bestraft, ein Bürger repräsentiert oder ein Vertrag geschlossen werden darf. Eine Gerechtigkeitserzeugungstheorie ist dadurch *mittelbar* eine 'Theorie über das Anführen von Gründen für oder gegen die Behauptung der Gerechtigkeit' im Sinne von D_2, also eine Gerechtigkeitstheorie im Sinne der Definition. Die Differenzierung zwischen Begründungs- und Erzeugungstheorien erweist sich dabei als *Ergänzung, nicht als Alternative* zu der Klassifizierung nach Grundpositionen. Denn die Grundpositionen kennzeichnen das unterschiedliche Vernunftkonzept bei der Gerechtigkeitsbegründung – ein Konzept, auf das neben den Begründungstheorien auch die Erzeugungstheorien der Gerechtigkeit mittelbar angewiesen sind.

c) *Naturrechts- und Vernunftrechtstheorien*

Eine grundlegende Unterscheidung aus der Entstehungsgeschichte von Gerechtigkeitstheorien ist diejenige zwischen Naturrechts- und Vernunftrechtstheorien. Die historische Wurzel dessen, was zu den Gerechtigkeitstheorien im Sinne von D_2 gehört, sind die Naturrechtslehren[234]. Der Begriff des Naturrechts (*ius naturae, lex natu-*

(Handlungs-)Verfahren und betrachtet den 'heuristischen Wert' zudem als einzige Leistung der prozeduralen Gerechtigkeitstheorien, da er eine eigenständige Begründungsleistung nicht anerkennt und die prozeduralen Theorien lediglich als 'Stimmigkeits- oder Plausibilitätskontrolle' für dienlich hält.

[232] *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 113.

[233] *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107, 114.

[234] Die Einzelheiten der Genese von Gerechtigkeitstheorien aus Naturrechtslehren können hier nicht behandelt werden. Vgl. dazu *H. Welzel,* Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1962), S. 108 ff.; *J. Finnis,* Natural Law and Natural Rights (1980), S. 64 ff., 86 ff. (*seven self-evident basic values*); *L.L. Weinreb,* Natural Law and Justice (1987), S. 43 ff., 225 ff. sowie die Beiträge in D. Mayer-Maly/P.M. Simons (Hrsg.), Das Naturrechtsdenken heute und morgen (1983). Speziell zur Vorgehensweise der Naturrechtslehren *R. Hittinger,* A Critique of the New Natural Law Theory (1987), S. 10 ff., 155 ff.; *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 88 ff. Eine religiös-materiale und in diesem Sinne 'naturrechtliche' Theorie formuliert beispielsweise *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 54 ff. Vgl. außerdem oben Fn. 16 (Naturrecht versus Rechtspositivismus).

rae) steht – ganz im Wortsinne[235] – für dasjenige Recht, das sich aus der Natur der Welt[236] und dabei insbesondere aus der Natur des Menschen ableitet, diesem also vorgegeben ist, ohne daß es seiner Setzung unterworfen wäre (Vorpositivität)[237]. Naturrecht beansprucht unabdingbare Gültigkeit, ist also – im Gegensatz zum positiven Recht – von Raum und Zeit unabhängig (*Cicero, lex aeterna, lex naturalis*)[238]. Als antikes (*Platon, Aristoteles*)[239], spätantikes (*Augustinus, lex divina*), mittelalterliches (*Thomas von Aquin, ius divinum*)[240], reformatorisches (*Luther, Calvin*)[241] oder sonst ontologisches, d.h. kosmologisches oder anthropologisches[242] Naturrecht (*Grotius, Pufendorf*) hat es bis zur Aufklärung nach dem Wesen des Menschen gefragt, seither indes,

---

235 Vgl. *O. Höffe,* Artikel: Naturrecht (1987), Sp. 1298: »Die Natur ist jener Aspekt am Menschen und seiner Welt, der der persönlichen, gesellschaftlichen und geschichtlichen Verfügung entzogen, insofern schon vom Begriff her vorpositiv und überpositiv gültig ist.«

236 Nichtanthropozentrisch ist beispielsweise der Naturrechtsbegriff in Dig. 1, 1, 1, 3: »*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est.*« In der Übersetzung von *Seiler,* in: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Bd. 2 (1995), S. 92: »Naturrecht ist das, was die Natur alle Lebewesen gelehrt hat. Denn dieses Recht ist nicht allein dem Menschengeschlecht eigen, sondern allen Lebewesen, die es auf dem Lande und im Wasser gibt, gemeinsam – auch den Vögeln.«

237 Vgl. dazu die frühe Kritik bei *J. Bentham,* Anarchichal Fallacies (1820), S. 501: »*Natural rights* is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, – nonsense upon stilts.«

238 Vgl. *M.T. Cicero,* Über den Staat, III, 22: »Es stellt sich ja das wahre Gesetz in der geradlinigen Vernunft dar, die in Einklang steht mit der Natur, die über alle Menschen sich ausgebreitet hat, die festen, dauernden Bestand hat, ... Dieses Gesetz in seiner Reichweite einzuschränken, verstößt wider göttliches Recht; es ist auch nicht erlaubt, es teilweise aufzuheben, und es kann auch nicht ganz abgeschafft werden. ... es wird nicht anders in Rom, anders in Athen, anders heute, anders später sein, sondern die Völker werden sowohl in ihrer Gesamtheit wie zu allen Zeiten dieses eine Gesetz als ewiges und unveränderliches umfassen und einer wird gleichsam der gemeinsame Lehrer und Gebieter über alle sein: Gott.« Zu *lex aeterna* und *lex naturalis* bei *Augustinus* siehe *A. Kaufmann,* Theorie der Gerechtigkeit (1984), S. 17.

239 Vgl. *W. Waldstein,* Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian (1996), S. 67 ff.: Der antike Begriff der Gerechtigkeit als Tugend bedinge, daß eine substantiell gerechte menschliche Ordnung naturrechtlich verstanden werde.

240 Vgl. etwa *Thomas von Aquin,* ST, II-II, 57, 2 (Antwort zu 3.): »*Ad tertium dicendum quod jus divinum dicitur quod divinitus promulgatur. ...*« In der Übersetzung von *Groner:* »Zu 3.: Jenes Recht heißt 'göttlich', das durch Gott kundgetan wird. Es bezieht sich teilweise auf das naturhaft Gerechte – seine Gerechtigkeit bleibt dem Menschen jedoch verborgen –, teilweise auf das, was durch göttliche Verfügung gerecht wird. Daher kann, wie das menschliche Recht, auch das göttliche nach diesen zwei Gesichtspunkten unterschieden werden.« Vgl. dazu: *M.B. Crowe,* St. Thomas and Ulpian's Natural Law (1974), S. 261 ff. (281 f.) – weitgehende Übernahme von *Ulpians* Naturrechtsverständnis in der thomasischen Lehre; *M. Beck-Mannagetta,* Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre (1996), S. 74 ff.

241 Dazu etwa *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 319 ff. Anm. 34 m.w.N.

242 Das kosmologische Naturrecht beschreibt als ontologisches Naturbild eine (gottgestiftete) Ordnung der Welt, das anthropologische Naturrecht dagegen das Wesen des Menschen; *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 89. Der Übergang vom theozentrischen zum anthropozentrischen Weltbild und damit ein Paradigmenwechsel in der Naturrechtslehre kann etwa bei *Jean Bodin* verortet werden; vgl. *J. Bodin,* Sechs Bücher über den Staat (1583), I. Buch, 1. Kapitel, S. 101: »Wenn nun aber die wahre Glückseligkeit des Staates (R) gleichzusetzen ist mit der des einzelnen Menschen ...«. Das neue anthropozentrische Weltbild hat seinen Niederschlag dann in den nichttheozentrischen Gerechtigkeitstheorien von *Thomas Hobbes* (Vom Bürger, 1642; Leviathan, 1651) und *John Locke* (Two Treatises of Government, 1698) gefunden.

in der Form des rationalistischen Naturrechts (Vernunftrechts), nach dem als richtig Erkannten.

Es kann ein enger und ein weiter Naturrechtsbegriff unterschieden werden. Naturrecht im engeren Sinn ist nur das ontologische Naturrecht[243], das bis auf wenige Ausnahmen neuerer, meist religiös motivierter Theorien[244] in der Zeit vor der Aufklärung begründet wurde[245]. Gerechtigkeit wird dabei in einem personalen Sinn verstanden, etwa in der Gerechtigkeitsdefinition bei *Ulpian*[246]. Beginnend mit der neuzeitlichen Philosophie (*Descartes*) orientieren sich Antworten demgegenüber an Kriterien der Vernunft – juristisch gewendet in Form eines *rationalistischen* Naturrechts oder Vernunftrechts, das durch die Aufklärung (*Kant*) dann (abgesehen von aufklärungskritischen Ausnahmen) zu einem *kritischen Vernunftrecht* wird[247]. Naturrecht in diesem weiteren Sinne ist jedes Normensystem, das nach Maßstäben für positives Recht fragt, also sowohl ältere ontologische Naturrechtslehren als auch das neuzeitliche Vernunftrecht einschließlich aller normativ-politischen Gerechtigkeitstheorien[248]. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird der *enge* Naturrechtsbegriff verwendet, um die Abgrenzung von neueren Gerechtigkeitstheorien zu betonen. Unter 'Naturrecht' wird im folgenden also, soweit nicht ausdrücklich anders gekennzeichnet, nur das *ontologische* Naturrecht, nicht dagegen das Vernunftrecht verstanden.

---

243 *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 9 f. spricht von dem substanzontologischen Denken als Grundlage für 'Naturrecht im herkömmlichen Sinne' bzw. 'Naturrecht alter Art'. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 108 kennzeichnet als 'klassische' Naturrechtslehren diejenigen, die Natur nicht im Sinne der neuzeitlichen Naturwissenschaft, sondern als »sinnvoll-werthaft-vernünftige Seinsordnung oder, christlich interpretiert, als göttliche Schöpfungsordnung« verstehen. Den engen Naturrechtsbegriff verwendet auch *H. Kelsen,* Allgemeine Theorie der Normen (1979), S. 4 ff.: Alle Naturrechtslehren gründeten letztlich auf Voraussetzungen eines religiösen Bekenntnisses.

244 Etwa *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 54 ff. (54): »Das göttliche Gesetz der Gerechtigkeit«. Ein vernunftrechtlich gewendetes, aber gleichwohl noch religiöses Naturrecht unter Bezugnahme auf *Thomas von Aquin* kann bei *G. Grisez,* Beyond the New Theism (1975); *ders.,* Christian Moral Principles (1983) und *J. Finnis,* Natural Law and Natural Rights (1980) verortet werden; kritisch dazu etwa: *R. Hittinger,* Critique of the New Natural Law Theory (1987), S. 155 ff. (192): »A natural law theory must show how nature is normative with regard to practical rationality. This has not been accomplished by the Grisez-Finnis method.«

245 Dazu oben Fn. 234 (Naturrechtslehren).

246 Dazu oben S. 45 (*suum cuique*-Formel; bei *Ulpian: iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuendi*) sowie S. 66 ff. (idealistischer Gerechtigkeitsbegriff und Subjektivierung). Zum Gegensatz der personalen zur politischen Gerechtigkeit siehe *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 59 f.

247 Der Wechsel von einer 'metaphysischen' zur 'praktischen' Philosophie kann fühestens bei *René Descartes,* die Unterscheidung von menschlicher und natürlicher Gerechtigkeit frühestens bei den Vorsokratikern festgestellt werden; *A. Kaufmann,* Theorie der Gerechtigkeit (1984), S. 11 f., 20. Die prägende Vorstellung, daß menschliche Ordnung allein Menschenwerk sein darf, statt sich nach natürlichen Vorgaben zu richten, setzt hingegen eine kritische Distanz zur Metaphysik voraus, wie sie systematisch erst mit der Aufklärung in der kritischen Philosophie *Kants* entwickelt wurde.

248 Vgl. die Verwendung des weiten Naturrechtsbegriffs bei *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 77, S. 506 mit Fn. 30: »Thus justice as fairness has the characteristic marks of a natural rights theory.«

d) Theorien nach Vernunftgebrauch? (J. Habermas)

Für die Klassifizierung von Gerechtigkeitstheorien nach den Grundpositionen politischer Philosophie wurde auf die Konzeption praktischer Vernunft Bezug genommen. Von der praktischen Vernunft, verstanden als der Fähigkeit, begründete und in diesem Sinne 'richtige' Antworten auf Fragen des Handelns zu finden, machen Menschen auf drei grundsätzlich unterschiedliche Weisen Gebrauch, die im Anschluß an *Habermas* als pragmatischer, ethischer und moralischer Gebrauch bezeichnet werden können[249]. Zu jeder dieser Gebrauchsformen gibt es spezifische Konfliktpotentiale und Konfliktlösungsmodelle. Die Unterscheidung zwischen den drei Formen ist für die Analyse von Gerechtigkeitstheorien deshalb wichtig, weil es zu deren Eigenart gehört, entweder die eine oder die andere Gebrauchsweise stärker zu betonen. So läßt sich der pragmatische Vernunftgebrauch am ehesten mit Theorien der hobbesianischen Grundposition identifizieren, der ethische mit denen der aristotelischen und der moralische mit Theorien der kantischen Grundposition. Dennoch kann gezeigt werden, daß *Habermas* Typologie des Vernunftgebrauchs nicht identisch ist mit der hier vorgenommenen Klassifizierung nach Grundpositionen.

aa) Pragmatischer Vernunftgebrauch

Einen *pragmatischen* Gebrauch von der praktischen Vernunft macht, wer das Handeln danach richtet, ob es gut für jemanden oder einige ist. Dem vorgelagert ist die *Zweckrationalität,* also die Frage, ob ein Handeln überhaupt gut für etwas (einen Zweck, ein Ziel) ist[250]. Typischerweise liegt der pragmatische Gebrauch der praktischen Vernunft darin, gemäß den eigenen Interessen, also *individualpragmatisch* zu handeln (Egoismus). Pragmatisch ist aber auch ein Handeln, das *sozialpragmatisch* nach dem Gesamtwohl einer Gruppe fragt (Utilitarismus). Durch geschickte Abwägung der Vor- und Nachteile führt pragmatische Rationalität zu einer Optimierung des Verhaltens bei vorgegebenen Rahmenbedingungen. Allgemeine Handlungsprinzipien erlangen dabei den Status von *Klugheitsregeln:* 'Unter den gegebenen Umständen ist Handlungsweise A für mich/für alle besser als Handlungsweise B.' Handeln nach pragmatischer Rationalität ist einfach, solange die Umstände bestimmbar und die Ergebnisse von Handlungsweisen vorhersehbar sind: Wer vor einem starken Regenschauer in einen Unterstand flieht, weiß einigermaßen sicher, daß er klug handelt, selbst wenn dies die Reise verzögert. Schwieriger wird es, wenn die Umstände unklar sind. (Der Regenschauer könnte in einen Dauerregen übergehen, so daß die Weiterreise ohnehin nicht im Trockenen geschehen kann.) Sehr schwierig wird der pragmatische Gebrauch der praktischen Vernunft schließlich, wenn der Er-

---

[249] So die hier weitgehend übernommene Klassifizierung von *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 101. Vgl. auch dessen Definition der praktischen Vernunft (ebd., S. 109): »Praktische Vernunft nennen wir das Vermögen, ... Imperative [für das Handeln] zu begründen«. Dazu *R. Alexy,* Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses (1995), S. 173: Im allgemeinen praktischen Diskurs werden »moralische, ethische und pragmatische Fragen und Gründe miteinander verbunden«.

[250] Zu dieser Abgrenzung von Zweckrationalität (gut für etwas) und pragmatischer Rationalität (gut für jemanden oder einige) siehe z.B. *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 53 f.; *K. Günther,* Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? (1991), S. 190.

folg der eigenen Handlungsweise maßgeblich vom Verhalten anderer abhängt. (Im bereits besetzten Unterstand macht niemand Platz.) Dann kann nur noch derjenige klug agieren, der die Aktionen und Reaktionen anderer in die eigenen Entscheidungen einbezieht, nötigenfalls unter Beachtung der jeweiligen Wahrscheinlichkeiten für einzelne Handlungsalternativen: das pragmatische wird zum *strategischen* Handeln[251]. Die Absicht des klugen Verhaltens stößt dadurch bei jeder sozialen Interaktion auf ein Dickicht von wechselseitig beeinflußten Handlungsalternativen und Handlungsstrategien. Theorien rationalen Entscheidens (*rational choice theories*)[252] widmen sich den schwierigen Vorteilsberechnungen, wie sie vor allem bei der Entscheidung über richtiges Marktverhalten erforderlich sind.

Pragmatische Konflikte entstehen dadurch, daß mehrere Personen dieselbe Sache begehren oder einander als Mittel für eigene Zwecke gebrauchen wollen[253]. Diese Konflikte komplizieren sich durch unterschiedliche Bedürfnisse, Fähigkeiten, Neigungen und Interessen erheblich. Die Lösung pragmatischer Konflikte liegt im *situativen Kompromiß,* d.h. in einem von Fall zu Fall sich einstellenden Gleichgewicht, das auf gegenseitigem, wenn auch nicht notwendig gleich weitgehendem Verzicht beruht[254]. Freiwilligkeit ist zwar keine notwendige Voraussetzung des Kompromisses, denn die Unvereinbarkeit der Verhaltensweise läßt sich auch durch Zwang effektiv beseitigen. Aber ein gewisses Maß an Freiwilligkeit hat sich als stabilitätsfördernd erwiesen, verhindert also den baldigen Rückfall in einen ungelösten Konflikt. Inbegriff des *freiwilligen* Kompromisses ist der Vertrag. Optimierungsbedingung vertraglicher Kooperation ist der Markt. Dadurch bilden *Vertrag* und *Markt* die Grundbegriffe aller Theorien über den pragmatischen Gebrauch der praktischen Vernunft[255].

Unter den Grundpositionen der politischen Philosophie ist die *hobbesianische* diejenige, die pragmatischen Vernunftgebrauch am stärksten betont, stellt sie doch für die Richtigkeit des Handelns allein auf die Perspektive eines egoistischen Nutzenmaximierers ab, der einer individuellen Vorteilskalkulation folgt, um sein Verhalten zu bestimmen. Damit ist indes nicht ausgeschlossen, daß auch Theorien der aristotelischen und kantischen Grundposition einen pragmatischen Vernunftgebrauch zu-

---

251 Vgl. *J. Habermas,* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1 (1981), S. 127.

252 Dazu unten S. 167 ff. (Theorien der hobbesianischen Grundposition).

253 Konflikt ist hier schlicht als Imkompatibilität von Zielvorstellungen gemeint. Zu diesem Konfliktbegriff vgl. *B. Barry,* Political Argument (1965), S. 84: »Conflict, on my definition, arises wherever two or more actors have incompatible desires (including publicly-oriented wants for this purpose) concerning the future state of the world, and try to do something about it.« Als Verfahren zur Konfliktlösung nennt *Barry,* ebd., S. 84 ff.: Schlagabtausch (*combat*), Verhandlung (*bargaining*), Diskurs (»*Discussion on Merits*. As an 'ideal type' this involves the complete absence of threats and inducements; the parties to the dispute set out ... to reach an agreement on what is the morally right division«), Wahl oder Abstimmung (*voting*), Los (*chance*), Wettkampf (*contest*) und autoritative Entscheidung (*authoritative determination*).

254 Zur Notwendigkeit von Kompromissen als Ergebnis pragmatischer Diskurse siehe *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 117. – Ein Kompromiß beinhaltet immer einen *beiderseitigen* Verzicht, denn schon im Begriff des Konflikts liegt begründet, daß keine Seite die eigenen Interessen *freiwillig* und *vollständig* aufgibt; folglich 'verzichtet' die obsiegende Partei zumindest auf den Vorteil einer zwanglosen Durchsetzung der eigenen Position.

255 Vgl. unten S. 180 ff. (neohobbesianische Sozialvertragstheorien).

lassen, nur ist er dort einer nichtpragmatischen Begründung (d.h. einer ethischen oder moralischen) untergeordnet.

bb) Ethischer Vernunftgebrauch

Der *ethische* Gebrauch der praktischen Vernunft beschreibt die Ausrichtung des Handelns an einem individuellen oder kollektiven Lebensplan, macht also die Förderung des *Guten* zum Beurteilungskriterium des Handelns[256]. Der Handelnde muß, meist in einem Prozeß der individuellen oder kollektiven Selbstreflexion, eine *Konzeption des Guten* für sich oder für die Gemeinschaft entwickeln und als Handlungsziel verfolgen. Ein Beispiel hierfür bietet das Verhalten, wie es von Tugendlehren, etwa solchen des neoaristotelischen Kommunitarismus[257], propagiert wird: tugendhafte Menschen handeln so, daß ihr Handeln nach der eigenen Vorstellung etwas Gutes bewirkt.

Zur individuellen *Konzeption des Guten* gehören alle schwerwiegenden Wertentscheidungen, durch die eine Person bestimmt, wer sie ist und wofür sie leben möchte[258]. Die Konzeption des Guten schließt eine Konzeption des Selbst und eine Konzeption des guten Lebens ein, gewissermaßen das Woher und Wohin des Ich. Allgemeine Handlungsprinzipien erlangen dabei den Status von axiologischen und teleologischen Regeln. Axiologisch, also auf ein Wertsystem bezogen, ist beispielsweise der Satz: 'Handlungsweise A ist für mich besser als Handlungsweise B, weil ich selbstloses Handeln für besser halte als habgieriges.' Teleologisch, also auf Ziele bezogen, ist beispielsweise der Satz: 'Handlungsweise A ist für mich besser als Handlungsweise B, weil sie mich zu einem guten Christen macht.' Werte und Ziele markieren so den ethischen Vernunftgebrauch bei einer Handlung. Ethische und pragmatische Handlungskriterien überschneiden sich dort, wo sie beide die individuelle Perspektive einnehmen ('X ist gut für mich'). Die Zweckmäßigkeitskriterien des ethischen Handelns unterscheiden sich aber von denen des pragmatischen: Pragmatische Zielverfolgung orientiert sich an dem durch einzelne Handlungsweisen erreichbaren *Vorteil;* ethische Werthaftigkeit und Zielverfolgung orientieren sich unabhängig von den Möglichkeiten der Einzelsituation an einem *längerfristigen Ideal.* Deshalb kann ethisch motiviert sogar derjenige handeln, der die Aussichtslosigkeit oder zumindest Nachteiligkeit einer Handlungsweise bei pragmatischer Sicht der Dinge bereits erkannt hat. Märtyrer sind aus diesem Holz geschnitzt.

Ethische Konflikte entstehen dadurch, daß Personen oder Gruppen unterschiedliche Wertvorstellungen und Lebenspläne verfolgen und durch ihr Zusammenleben bei deren Verfolgung aneinandergeraten. Die Lösung ethischer Konflikte liegt in der

---

[256] *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 101, 103 f. – Der *ethische Gebrauch* der praktischen Vernunft muß dabei vom sehr viel umfassenderen Begriff der *Ethik* als Wissenschaft von der Moral unterschieden werden. Diese gänzlich andere Bestimmung von 'ethisch' und 'Ethik' ist die geläufigere, vgl. etwa *O. Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 55. Trotz dieser Verwechslungsgefahr ist auch der Sprachgebrauch von *Habermas* inzwischen verbreitet. Er wird hier zugrundegelegt.

[257] Dazu unten S. 161 ff. (neoaristotelischer Kommunitarismus *MacIntyres*).

[258] *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 103.

Begründung einer *kollektiven Identität,* d.h. eines gemeinsamen Wertekanons und einer gemeinsamen Lebensweise unter denjenigen Menschen, die zusammenleben[259]. Diese Identität kann nicht allein auf effektiver Durchsetzung erzwungener Konformität beruhen, sondern liegt erst in der freiwilligen Übereinkunft unter den Mitgliedern eines Sozialwesens. So wird bei *Aristoteles* die Ethik des Einzelnen in die Polis der Bürger einbezogen, tritt bei *Hegel* die Aufhebung des Gegensatzes von erzwungener Konformität und autonomer Moralität in der Sittlichkeit ein und finden Kommunitaristen die harmoniebildende Identität in der Kontinuität gemeinsamer historischer Lebensweisen[260].

Unter den Grundpositionen der politischen Philosophie ist die aristotelische diejenige, die ethischen Vernunftgebrauch am stärksten betont. Doch auch hier gilt: Theorien der hobbesianischen und kantischen Grundposition können dem ethischen Gebrauch der praktischen Vernunft Bedeutung zuerkennen, soweit dies im Rahmen der für sie in erster Linie maßgeblichen pragmatischen bzw. moralischen Kriterien möglich ist.

cc) Moralischer Vernunftgebrauch

Schließlich liegt ein *moralischer* Gebrauch der praktischen Vernunft vor, wenn man nach der *Gerechtigkeit* der Handlungsweise selbst fragt, also in der hier ausschlaggebenden Definition nach der Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Verhaltens in bezug auf andere[261]. Das Handeln verlangt nach einer überindividuellen Rechtfertigung, muß also universalisierbaren Regeln gehorchen, d.h. solchen, die für alle Menschen als verbindlich begründet werden können. Allgemeine Handlungsprinzipien erlangen dabei den Status kategorischer Imperative: 'Handlungsweise A ist besser als Handlungsweise B, weil sie einem allgemeinen Gesetz enspricht, das für alle richtig ist.' Die individuelle Perspektive pragmatischer und ethischer Motive ('besser für mich', 'besser für mich in meiner Gemeinschaft') wird dabei zugunsten einer universellen Perspektive ('besser für alle') verlassen. Der moralische Gebrauch der praktischen Vernunft zeigt sich in moralischen Selbstbeschränkungen (*moral constraints*), d.h. in der Zurückstellung eigener Neigungen, Werte und Ziele hinter Überlegungen, die auf alle bezogen sind. So, wie der ethisch Handelnde die augenblicklichen Neigungen zugunsten seiner längerfristigen Konzeption des Guten zurückstellt und gerade in dieser Neigungsverdrängung zur Tugendhaftigkeit gelangt, so stellt der mo-

---

259 Zur Herausbildung einer kollektiven Identität als Ergebnis ethisch-politischer Diskurse siehe *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 117.

260 Vgl. *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 100, 106.

261 Zur Bezugnahme auf das 'Gerechte' siehe *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 101; zum hier zugrundegelegten Gerechtigkeitsbegriff siehe oben S. 50 (D_1). Hier soll der Begriff der Sittlichkeit für konventionelle Moralvorstellungen innerhalb einer historischen Gesellschaft reserviert bleiben. Häufig werden die Prädikate 'moralisch' und 'sittlich' dagegen synonym verwendet; so z.B. ausdrücklich *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 55. Diese moralsynonyme Verwendungsweise von 'Sittlichkeit' und 'Sittengesetz' geht auf *Kant* zurück; *I. Kant,* KrV (1781), B 834 / A 806 ff.

ralisch Handelnde die eigene Konzeption des Guten unter den Vorbehalt, daß diese mit den konkurrierenden Konzeptionen anderer vereinbar ist.

Moralische Konflikte entstehen dadurch, daß Personen eine unterschiedliche Vorstellung davon haben, welche Verhaltensregeln für alle begründet sind und darum gelten sollten. Die Lösung moralischer Konflikte geschieht durch die *Etablierung von Verhaltensnormen,* d.h. vor allem durch zwingende Rechtsnormen, aber auch durch Konventionsbildung in Politik und Gesellschaft[262].

Unter den Grundpositionen der politischen Philosophie ist die kantische diejenige, die den moralischen Vernunftgebrauch am stärksten betont. Wiederum gilt, daß auch Theorien der hobbesianischen und aristotelischen Grundposition dem moralischen Vernunftgebrauch Platz einräumen können, dann aber nur innerhalb eines Handlungsrahmens, der pragmatisch (Moralität als Bedürfnis) oder ethisch (Moralität als Identitätsbildung) begründet ist.

Eine Besonderheit ergibt sich beim Utilitarismus, denn dieser rekurriert einerseits auf moralischen Vernunftgebrauch, weil sich der Einzelne in seinen Bedürfnissen dem größeren Gemeinnutzen unterwerfen muß, insoweit also uneigennützig und in diesem Sinne 'moralisch' handelt. Die verschiedenen Spielarten des Utilitarismus sind aber andererseits nicht der kantischen, sondern vielmehr der aristotelischen Grundposition zuzurechnen, da es beim Utilitarismus allein um die Verwirklichung einer formal definierten Konzeption des Guten – des 'größten Glücks der größten Zahl'[263] – geht, so daß sich jede 'moralische' Uneigennützigkeit im Utilitarismus einem Gemeinwohlideal unterordnet.

dd) Ergebnisse

Wenn die Theorien der kantischen Grundposition schlagwortartig als 'moralisch' gekennzeichnet werden, diejenigen der hobbesianischen Grundposition demgegenüber als 'pragmatisch' und die Theorien der aristotelischen Grundposition als 'ethisch', dann trifft das insoweit zu, als damit tatsächlich derjenige Vernunftgebrauch identifiziert ist, der bei den jeweiligen Theorien an erster Stelle steht, dem sich also die anderen Gebrauchsformen unterordnen. Falsch wäre es indes, daraus zu schließen, daß die Theorien nie andere als die für sie kennzeichnenden Gebrauchsformen der praktischen Vernunft zulassen. Eine kantische Theorie kann durchaus Raum lassen für pragmatische und ethische Motive des Handelns, ebenso wie eine hobbesianische

---

[262] Vgl. *J. Habermas,* Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft (1988), S. 117 f.

[263] Zum Prinzip der *'greatest happiness of the greatest number'* bei *Bentham* siehe oben Fn. 6. Diese *Gesamt*nutzenmaximierung ist im Ergebnis mit der *Durchschnitts*nutzenmaximierung (*average utility*) identisch, weil es für das Nutzenmaximierungskriterium gleichgültig ist, ob man nur eine Summe aller einzelnen Nutzenbeiträge bildet (Gesamtnutzenmaximierung), oder ob man noch einen Schritt weiter geht und diese Nutzensumme hypothetisch als gleichmäßig verteilt denkt (Durchschnittsnutzenmaximierung). In jeder der beiden Betrachtungen enspricht die Maximierung des insgesamt (nicht: individuell) gebildeten Nutzens derjenigen Sicht, die gemeinhin als 'utilitaristisch' bezeichnet wird. Es ist nicht ausgeschlossen, einen Utilitarismus zu formulieren, in dem die Gesamtnutzenmaximierung gegen andere substantielle Ziele ausgetauscht wird, etwa gegen eine *Mindest*nutzenmaximierung, die dann dem Differenzprinzip bei *Rawls* sehr ähnlich wäre; vgl. zum Ganzen *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 240 ff. (247).

Theorie im Einzelfall moralisches Verhalten als richtig einzustufen vermag. Daher bleibt es dabei, daß die *Grundpositionen* der politischen Philosophie mit ihrer je besonderen Konzeption der praktischen Vernunft das wichtigste Unterscheidungsmerkmal von Gerechtigkeitstheorien bilden; die *einzelnen Gebrauchsformen* der Vernunft ordnen sich dem jeweils unter.

e) Vertrags-, Beobachter-, Diskurstheorien

Üblicherweise werden Gerechtigkeitstheorien – vor allem Sozialvertragstheorien[264] – nach dem Darstellungsmittel klassifiziert, dessen sie sich bedienen. Darum bedarf es einer Begründung dafür, daß dieser Unterscheidung hier nur untergeordnete Bedeutung beigemessen wird. Den Ausgangspunkt der Begründung bildet die These, daß die Kategorien 'Vertrag', 'Beobachter' und 'Diskurs' nicht nur verschiedene Darstellungsmittel, sondern auch unterschiedliche Rationalitätskonzepte identifizieren (bb-dd), die indes mit dem Gebrauch der Kategorien als Darstellungsmittel nicht in allen Theorien zusammenfallen (aa, Divergenzthese). Eine Klassifizierung nach Darstellungsmitteln ist deshalb für die Analyse von Gerechtigkeitstheorien nicht aussagekräftig (ee, Indifferenzeinwand).

aa) Darstellungsmittel und Rationalitätskonzept (Divergenzthese)

Gerechtigkeitstheorien, zumindest diejenigen der politischen Gerechtigkeit[265], arbeiten in aller Regel mit einem der drei Darstellungsmittel 'Vertrag', 'Beobachter' oder 'Diskurs', sofern sie nicht auf ein besonderes Darstellungsmittel ganz verzichten und argumentativ einen moralischen Standpunkt (*moral point of view*) einnehmen. 'Vertrag', 'Beobachter' und 'Diskurs' sind nicht nur Darstellungsmittel, sondern es gibt daneben auch methodische Unterschiede, die mit diesen Kategorien identifiziert werden. So ist eine Diskurstheorie immer dialogisch angelegt, d.h. sie begründet richtiges Handeln mit dem Zusammenwirken mehrerer Personen, während eine Beobachtertheorie monologisch vorgeht, die Begründung also in der Reflexion einer einzelnen Person sieht[266]. Man kann insoweit vom *voluntativen (Vertrag), perspektivischen (Beobachter)* oder *argumentativen Rationalitätskonzept (Diskurs)* sprechen.

Die *Divergenzthese* besagt, daß eine Theorie, die ein bestimmtes Darstellungsmittel benutzt, keineswegs immer auch das entsprechende Rationalitätskonzept zugrundelegt[267]. Am deutlichsten wird dies beim beliebtesten Darstellungsmittel, dem Vertrag. Eine Gerechtigkeitstheorie – gleich ob sie die Richtigkeit des Handelns perspektivisch (Beobachter), voluntativ (Vertrag) oder argumentativ (Diskurs) begrün-

---

264 Vgl. oben S. 22, Fn. 7 (neuere Arbeiten zu Sozialvertragstheorien). Zur ideengeschichtlichen Bedeutung des Sozialvertrags als »Denkfigur« vgl. *H. Dreier,* Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegung (1987), S. 149 m.w.N.

265 Vgl. oben S. 78 (Schwerpunktthese).

266 Dazu unten S. 211 ff. (dialogisches im Gegensatz zum monologischen Vorgehen).

267 Ähnlich *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 45 f., der zwischen dem 'Darstellungsprogramm' und dem 'Begründungsprogramm' des philosophischen Kontraktualismus unterscheidet.

det – kann sich immer des Darstellungsmittels 'Gesellschaftsvertrag' bedienen[268]. Zwar gibt es insoweit keine Beliebigkeit: nicht *jedes* Darstellungsmittel läßt sich mit *jedem* Rationalitätskonzept kombinieren[269]. Doch muß für die drei Kategorien jeweils unterschieden werden, ob sie nur zur Darstellung der Theorie oder auch zur Erklärung der praktischen Vernunft eingesetzt werden. Dabei zeigt sich, daß die Rationalitätskonzepte 'Vertrag', 'Beobachter' und 'Diskurs' nicht deckungsgleich mit der Klassifikation nach Grundpositionen sind[270].

bb) Der Vertrag

Vertragstheorien sind alle Theorien, die sich des Darstellungsmittels 'Vertrag' bedienen[271]. Das Darstellungsmittel 'Vertrag' präsentiert mehrere Personen in einer Verhandlungs- und Entscheidungssituation. Bei definierter Interessenlage sucht jede Person ihren eigenen Vorteil[272] und stimmt auf dieser Grundlage freiwillig einer gegenseitigen Vereinbarung zu, die Rechte und Pflichten für die Zukunft begründet.

Das (voluntative) Rationalitätskonzept 'Vertrag' sucht praktische Erkenntnis im freiwilligen Interessenabgleich. Gegenseitige Rechte und Pflichten sowie die darauf gestützten Verhaltensweisen stellen sich genau dann als gerechtfertigt dar, wenn sie Gegenstand einer Vereinbarung sein können. Das richtigkeitsverbürgende Element liegt in der gedachten *Freiwilligkeit* der Bindung, also letztlich in dem Satz, daß dem Einwilligenden kein Unrecht getan werden kann (*volenti non fit iniuria*)[273]. Vertrags-

---

268 Für *Höffes* Theorie des transzendentalen Tausches (dazu unten S. 193 ff.) hat beispielsweise *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 47 festgestellt, daß sie zwar das Darstellungsmittel des Sozialvertrags nutzt, für die Richtigkeit des Handelns aber auf die Perspektive eines idealen, unparteiischen Beobachters abstellt. Vgl. auch *H. Pauer-Studer,* Das Andere der Gerechtigkeit (1996), S. 66 ff. (67) – Unterscheidung von individualistischen (*Hobbes, Gauthier*) und universalistischen (*Kant, Rawls*) Vertragstheorien.

269 Das Darstellungsmittel des Diskurses läßt sich beispielsweise allein mit dem Rationalitätskonzept des Diskurses sinnvoll kombinieren, nicht aber mit Beobachter- oder Vertragsrationalität, weil die auch in der Darstellung vorausgesetzte Herrschaftsfreiheit bei interessengeleitetem Handeln unterschiedlich mächtiger Realpersonen nicht aufrechterhalten werden kann. Das Darstellungsmittel des Beobachters und erst recht dasjenige des Vertrags sind hingegen für unterschiedliche Rationalitätskonzepte offen.

270 Beispielsweise können *kantische* Theorien als Diskurstheorien mit argumentativem und als Beobachtertheorien mit perspektivischem Rationalitätskonzept arbeiten. In beiden Fällen explizieren sie eine universalistische Konzeption der praktischen Vernunft.

271 Anders *V. Medina,* Social Contract Theories (1990), S. 5: »Contractarianism is a theory which maintains that all of our basic political rights and duties are derived from some kind of explicit or implicit contract among a collection of individuals.« Danach wäre Vertragsrationalität nötig. Hier wird hingegen der übliche weite Vertragstheoriebegriff benutzt, nach dem es allein auf das Darstellungsmittel ankommt.

272 Anders insoweit *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 46 – Die Vorteilsorientierung gehöre nicht nur zum Darstellungsmittel, sondern auch zum Rationalitätskonzept des Vertrages. Das mag für (neo)hobbesianische Sozialvertragstheorien gelten, nicht aber für die kantischen, weil bei ihnen der individuelle Vorteil nicht notwendig den Ausschlag gibt. Zur Zuordnung der Sozialvertragstheorien zu unterschiedlichen Grundpositionen siehe unten S. 137 f. (erweiterte Klassifizierung).

273 Dig. 47, 10, 1, 5 f.: »*[N]ulla iniuria est, quae in volentem fiat*«; vgl. auch *Thomas von Aquin,* ST, II-II, 59, 3: »*Dicendum est ergo quod injustum, per se et formaliter loquendo, nullus potest facere nisi volens, nec pa-*

rationalität bezeichnet das *selbstlegitimierende Gleichgewicht,* das sich durch den Interessenabgleich verschiedener Vertragsparteien in einer Verhandlung einstellt, das durch die Zustimmung aller Beteiligten markiert wird und das eine gegenseitige Verpflichtung für die Zukunft begründet[274]. Richtig ist danach genau die Handlungsweise, auf die sich die Betroffenen in einem hypothetischen Vertragsschluß einigen könnten.

Die *hobbesianische* Grundposition spiegelt am besten das (voluntative) Rationalitätskonzept 'Vertrag' wider. In den Interessenabgleich, der in einer Vertragsverhandlung stattfindet, fließt das Streben der Verhandlungsparteien nach dem eigenen Vorteil ungehindert ein[275]. Genau darin liegt die Gewähr von Handlungsrichtigkeit nach der hobbesianischen Grundposition. Kantische Vertragstheorien, die der Vertragssituation von vornherein bestimmte moralische Beschränkungen auferlegen, bedienen sich demgegenüber nur des *Darstellungsmittels* 'Vertrag'. Dafür ist *Rawls* Theorie das beste Beispiel[276]: bei seinem Urzustand (*original position*) handelt es sich überhaupt nicht um eine Vertragssituation[277]; die gedachten Parteien sind durch ihre künstliche Unwissenheit so weitgehend ihrer individuellen Unterschiede beraubt, daß gleichsam nur noch eine einzige, künstliche Person übrigbleibt, die dann individuelle Vorteilsüberlegungen anstellt[278]. *Darstellungsmittel und Rationalitätskonzept fallen auseinander*[279].

---

ti nisi nolens.« In der Übersetzung von *Groner:* »Man muß also sagen: an sich und im eigentlichen Sinn (formell) gesprochen, kann niemand Unrecht tun, es sei denn, er will, und niemand es erleiden, es sei denn gegen seinen Willen.« Zur zentralen Bedeutung des Satzes für Vertragstheorien der Gerechtigkeit: *A. Gewirth,* Political Justice (1962), S. 128 ff. (129); *P. Koller,* Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987), S. 12 f.; *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 16, 44.

274 Ähnlich *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 16 f. *Kersting* unterscheidet (ebd., S. 54 ff.) innerhalb des Rationalitätskonzepts genauer zwischen 'Vertragsinhaltsargument', 'Vertragssituationsargument' und 'Vertragsbegründungsargument'. Jedes dieser Teilargumente hat eigene Schwächen, die hier nicht untersucht werden können. Hier geht es zunächst nur um die Ungeeignetheit der Vertragstheorien als Theorienklasse; dazu sogleich S. 102 (Indifferenzeinwand).

275 Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 13 – Die Vertragstheorie fingiere »das sehr kluge und sehr eigennützige Individuum, das uns in der klassischen Nationalökonomie als der homo oeconomicus begegnet.«

276 Vgl. die entsprechende Einschätzung bei *G. Lübbe,* Die Auferstehung des Sozialvertrags (1977), S. 190: »Diese Fragen [zum Warum und Wie der Gesellschaft] lassen sich nun sämtlich auch unabhängig von der Konstruktion eines Sozialvertrags behandeln, und es fällt schwer, einzusehen, inwiefern Argumente für die Vernünftigkeit einer Gesellschaft überzeugender werden durch Hinzufügen der Behauptung, sie sei wegen dieser Vernünftigkeit auch vertraglich beschlossen worden.« Zustimmend *K. Homann,* Rationalität und Demokratie (1988), S. 213. Vgl. auch unten S. 180 ff. (Zuordnung von *Rawls* Theorie zu den Grundpositionen).

277 Zu dieser allgemeinen Einschätzung in der Sekundärliteratur etwa *J. Nida-Rümelin,* Die beiden zentralen Intentionen der Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß von John Rawls (1990), S. 461; *ders.,* Gerechtigkeit bei John Rawls und Otfried Höffe (1997), S. 312 f.

278 Dazu unten S. 200 ff. (Urzustand bei *Rawls*).

279 Bezeichnenderweise hat *Rawls* seine Überlegungen zur Moralbegründung lange vor den vertragstheoretischen Darstellungen mit einer *Beobachtertheorie* begonnen. Seine Erstkonzeption der Theorie der Gerechtigkeit publizierte er 1957; *J. Rawls,* Justice as Fairness (1957), S. 653 ff. Sie wurde von Anfang an als Sozialvertragstheorie angesehen – *E.W. Hall,* Justice as Fairness: A Modernized

cc) Der Beobachter

Das Darstellungsmittel 'Beobachter' präsentiert eine als Person gedachte Beurteilungseinheit in der Außenperspektive[280]. Damit wird räumlich und persönlich die Befangenheit abgelegt, die alle übrigen Aktoren des Geschehens haben. In einer Art Draufsicht oder Fernsicht nimmt der Beobachter einen externen Standpunkt ein, sieht alles, ohne selbst beteiligt zu sein. Beobachtertheorien sind Standpunkttheorien und unterscheiden sich dadurch von den Konsenstheorien, die auf Vertrag oder Diskurs Bezug nehmen[281].

Das (perspektivische) Rationalitätskonzept 'Beobachter' sucht praktische Erkenntnis in einem Zustand der Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit[282]. Das richtigkeitsverbürgende Element liegt in der gedachten Überpersönlichkeit, die sogar das Ideal der Allwissenheit einschließen kann[283] und jedenfalls die Befangenheit des Einzelnen in seiner neigungs- und interessengebundenen Identität durch ein Element

---

Version of the Social Contract (1957), S. 663 f. –, wenn auch als eine besondere; ebd., S. 663: »Perhaps the most noticeable modification is its frank fictionalization«. Die in der Literatur kaum rezipierte *Beobachtertheorie,* in der *Rawls* statt von »considered moral judgments« noch von »competent moral judges« spricht, erschien bereits 1951; *J. Rawls,* Outline of a Decision Procedure for Ethics (1951), S. 177 ff.

280 So z.B. *T. Nagel*, View From Nowhere (1986), S. 185 ff.; *S. Kagan,* The Limits of Morality (1989), S. 279 ff., 350 ff.; *ders.,* Normative Ethics (1998), S. 41 ff., 271 ff.; vgl. die Charakterisierung bei *C.S. Nino,*The Ethics of Human Rights (1991), S. 74. Das Klassikervorbild für Beobachtertheorien bietet *D. Hume,* A Treatise of Human Nature, Bd. III: Of Morals (1740), Teil III, Abschnitt I: »[It is] impossible we cou'd ever converse together on any reasonable terms, were each of us to consider characters and persons, only as they appear from his peculiar point of view. In order, therefore, to prevent those continual *contradictions,* and arrive at a more *stable* judgment of things, we fix on some *steady* and *general* points of views; and always, in our thoughts, place ourselves in them, whatever may be our present situation. ... Experience soon teaches us this method of correcting our sentiments« (Hervorhebung bei *Hume*). Ebenfalls als wirkmächtig erwies sich die Beobachtertheorie von *A. Smith,* The Theory of Moral Sentiments (1759), Teil II, Kapitel II: »But these [gratitude and resentment] ... seem proper and are approved of, when the heart of every impartial spectator entirely sympathizes with them«; ebd., Fn.: »We conceive ourselves as acting in the presence of a person quite candid and equitable, of one who has no particular relation either to ourselves, or to those whose interests are affected by our conduct, ... but is merely a man in general, an impartial spectator who considers our conduct with the same indifference with which we regard that of other people.«; ebd., Kapitel III: »We must view them [opposite interests], neither from our own place nor yet from his, neither with our own eyes nor yet with his, but from the place and with the eyes of a third person, who has no particular connexion with either, and who judges with impartiality between us.« *Smith* (ebd., Kapitel IV) bezieht sich ausdrücklich auf *Hume* als einen *»ingenious and agreeable philosopher«.*

281 Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 10 f. – Konsens als verbindendes Element von Vertrags- und Diskurstheorien im Gegensatz zu Standpunkttheorien.

282 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 10 ff.

283 Beispielsweise *K. Baier,* Standpunkt der Moral (1958), S. 191: »Standpunkt eines ... Beobachters ... gewissermaßen mit Gottes Augen«; *C.S. Nino,* The Ethics of Human Rights (1991), S. 74: »An ideal observer would be a hypothetical individual who was fully impartial, completely rational, aware of all the relevant facts, etc.« Vgl. zur »*ideal observer theory*« außerdem *R.M. Hare,* Rawls' Theory of Justice (1973), S. 89; *S. Kagan,* Normative Ethics (1998), S. 271 ff. Illustrativ aus der Literatur insoweit *F. Dürrenmatt*, Monstervortrag über Gerechtigkeit (1969), S. 12 ff.

der Universalisierung des Standpunkts erweitert[284]. Beobachterrationalität bezeichnet also den besonderen Standpunkt, den eine einzelne Person einnehmen kann, wenn sie zusätzlich zu ihren eigenen Interessen auch noch eine überindividuelle Perspektive einnimmt und so einen zumutbaren Abgleich von egoistischen mit altruistischen Motiven begründet[285]. Richtig ist danach genau die Handlungsweise, die den eigenen Interessen, in zumutbarem Maße korrigiert um eine hypothetische Außensicht der Dinge, entspricht.

Die kantische Grundposition spiegelt am besten das (perspektivische) Rationalitätskonzept 'Beobachter' wider. Beobachterstatus ist nur nötig, um von eigenen Interessen und Zielen zu abstrahieren, also einen moralischen Standpunkt einzunehmen, wie er den Theorien der kantischen Grundposition eigentümlich ist[286].

dd) Der Diskurs

Das Darstellungsmittel 'Diskurs' präsentiert mehrere Personen, die gemeinsam und ohne Zwang nach dem suchen, was für alle richtig ist, und auf dieser Grundlage freiwillig Konsensen zustimmen, die durch neue Argumente relativiert werden können und dadurch diskursiv kontrolliert bleiben.

Das (argumentative) Rationalitätskonzept 'Diskurs' sucht praktische Erkenntnis in der Argumentation realer Personen unter idealen Bedingungen. Richtig ist das, was Gegenstand eines Konsenses sein könnte. Das richtigkeitsverbürgende Element liegt in der Herrschaftsfreiheit der (gedachten) Argumentation und Zustimmung. Diskursrationalität bezeichnet also die praktische Erkenntnis, die sich nach einer Argumentation unter verschiedenen Diskursteilnehmern einstellt, durch den Konsens der Beteiligten markiert wird und eine gegenseitige Verpflichtung während der Dauer des Konsenses begründet. Richtig ist danach genau die Handlungsweise,

---

[284] Die hier angesprochenen *universalistischen* Standpunkttheorien unterscheiden sich grundlegend von den (hier nicht gemeinten) *partikularistischen* Standpunkttheorien, die ganz bewußt einen parteilichen Standpunkt einnehmen; vgl. etwa *S. Hekman,* Truth and Method (1997), S. 349: »The original formulations of feminist standpoint theory rest on two assumptions: that all knowledge is located and situated, and that one location, that of the standpoint of women, is privileged because it provides a vantage point that reveals the truth of social reality.«; *S. Harding,* Whose Standpoint Needs the Regimes of Truth and Reality? (1997), S. 383: »[S]tandpoint epistemologies and methodologies were constructed in opposition to the all-powerful dictates of rationalist/empiricist epistemologies and methodologies«; *P.H. Collins,* Where's the Power? (1997), S. 380: »One fundamental contribution of feminist movement grounded in standpoint theory was that it aimed to bring women's group consciousness into being.«

[285] *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 10 ff. (Kombination des persönlichen und des überpersönlichen Beobachterstandpunktes). Schon bei *Hume* geht es nicht um einen ausschließlich überpersönlichen Standpunkt, sondern um einen, der egoistische Motive mitberücksichtigt; *D. Hume,* A Treatise of Human Nature, Bd. III: Of Morals (1740), Teil III, Abschnitt I: »We make allowance for a certain degree of selfishness in men«. Zu Ähnlichkeiten zwischen Vertrags- und Beobachterrationalität siehe *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 51.

[286] Vgl. oben S. 95 (moralischer Vernunftgebrauch). Zum moralischen Standpunkt und seiner Definition vgl. *K. Baier,* Standpunkt der Moral (1958), S. 175 ff. (191): »Standpunkt eines unabhängigen, vorurteilslosen, unparteilichen, objektiven, leidenschaftslosen, neutralen Beobachters.«

über die die Betroffenen in einem hypothetischen Diskurs eine Einigung erzielen könnten.

Die kantische Grundposition ist die einzige, die das (argumentative) Rationalitätskonzept 'Diskurs' wiedergibt. Die Diskursbedingungen sind geradezu prototypisch für eine Situation, in der eigene Interessen und Ziele nur noch als Teil von universellen, auf alle bezogenen Überlegungen auftreten.

ee) Zur Ungeeignetheit der Sozialvertragstheorien als Theorienklasse (Indifferenzeinwand)

Darstellungsmittel eignen sich nicht als Anknüpfungspunkt für die grundlegende Klassifizierung von Gerechtigkeitstheorien (*Indifferenzeinwand*). Das erweist sich in der Gruppe der Sozialvertragstheorien, in der eine sehr uneinheitliche Vielfalt von theoretischen Ansätzen vereint ist[287]. Neben neohobbesianischen[288] und kantischen Sozialvertragstheorien[289] gibt es beispielsweise auch sozialvertragliche Rekonstruktionen des Utilitarismus[290]. Die einzelnen Theorien nutzen das Darstellungsmittel des Sozialvertrags dabei in so unterschiedlicher Weise, daß eine Ähnlichkeit nur noch oberflächlich besteht[291]. Denn der Kontraktualismus führt ein Leben aus zweiter Hand, bei dem die Geltung der vertragstheoretischen Begründung von der Anerkennung der Ausgangssituation abhängt (Relativität der Vertragsrationalität)[292]. Es kommt entscheidend darauf an, wie die Parteien ihre Position in der Verhandlung sehen (Interessengewißheit/-ungewißheit), welche Strategie sie verfolgen (Risikobereitschaft/Risikoscheu), inwieweit Sanktionen jenseits der Verhandlungssituation möglich sind (Drohung/Gewaltfreiheit). Stehen diese Parameter fest, dann ist der hypothetische Vertragsschluß nur noch eine automatische Folge, gleich der Konklusion, die im Syllogismus die logische Konsequenz der den Inhalt tragenden Prämissen ist[293]. Längst nicht alle Vertragstheorien orientieren sich bei der Definition der Ausgangsposition an reiner Vertragsrationalität (Divergenzthese)[294]; die Vertragstheorie von *Rawls* ist dafür ein Beispiel[295]. Würden solche untypischen Modelle mit

---

287 So auch *U. Steinvorth,* Über die Rolle von Vertrag und Konsens in der politischen Theorie (1986), S. 21 – 'Vieldeutigkeit'; *H. Pauer-Studer,* Das Andere der Gerechtigkeit (1996), S. 66 ff. (67) – Unterscheidung von individualistischen (*Hobbes, Gauthier*) und universalistischen (*Kant, Rawls*) Vertragstheorien.

288 Dazu unten S. 180 ff. (neohobbesianische Sozialvertragstheorien).

289 Dazu unten S. 199 ff. (kantische Sozialvertragstheorien).

290 Beispielsweise *R.M. Hare,* Rawls' Theory of Justice (1973), S. 90 f.; *R.B. Brandt,* The Concept of Rationality in Ethical and Political Theory (1977), S. 278: »[T]he equilibrium system that will be chosen is one that on the evidence appears to maximize expectable utility.« In Abgrenzung zu *Rawls* auch bei *J. Narveson,* Rawls and Utilitarianism (1982), S. 133 ff. – 'utilitarian defense of Rawls's two principles'. Vgl. unten S. 154 (Zuordnung des Utilitarismus zur aristotelischen Grundposition).

291 Entsprechende Kritik auch bei *V. Medina,* Social Contract Theories (1990), S. 1.

292 *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 33; *ders.,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 51.

293 Treffender Vergleich bei *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 51.

294 Dazu oben S. 97 (Divergenzthese).

295 Vgl. oben S. 98 (Vertrag).

'echten' Vertragstheorien, die auch auf das Rationalitätskonzept 'Vertrag' setzen[296], in einen Topf geworfen, so entstünde eine klassifikatorische Schieflage. Entgegen einer verbreiteten Klassifizierungspraxis wird deshalb in dieser Untersuchung die Kategorie der Sozialvertragstheorie nicht zur Grundlage der Darstellung, Analyse und Kritik gemacht. Sie tritt vielmehr *ergänzend* neben diejenige nach Grundpositionen der politischen Philosophie[297].

3. *Zu anderen Klassifizierungen*

Neben der oben vorgenommene Klassifizierung nach Grundpositionen und den weiteren Differenzierungen, die diese *ergänzen*[298], werden in der soziologischen und philosophischen Literatur eine Reihe *alternativer* Klassifizierungen vertreten. Diese können hier nicht alle Berücksichtigung finden[299], sondern nur insoweit, als sie besondere Beachtung verdienen, weil sie entweder einen ganz anderen Ansatzpunkt wählen oder der hier getroffenen Differenzierung so ähnlich sind, daß die Unterschiede erst bei genauerem Hinsehen deutlich werden.

a) *Reine Typen legitimer Herrschaft (M. Weber)*

Gerechtigkeitstheorien betreffen die Legitimität von Herrschaft in Staat und Gesellschaft. Nach *Weber* sind drei reine Typen legitimer Herrschaft zu unterscheiden: die legale, die traditionale und die charismatische[300]. Legale Herrschaft ist dabei diejenige kraft *Satzung*, einschließlich aller modernen, durch Gesetz geregelten politischen Verbände[301]. Traditionale Herrschaft ist diejenige kraft *Glaubens* an die Heiligkeit der von jeher vorhandenen Ordnungen und Herrengewalten, einschließlich der ständischen Herrschaft, bei der eine Obrigkeit kraft eingelebter Gewöhnung mit Erfolg legitime Autorität in Anspruch nimmt[302]. Charismatische Herrschaft ist diejenige kraft affektueller, persönlicher *Hingabe* an die Person des Herrn und seine Gnadengaben (Charisma), einschließlich aller Ordnungen, in denen es Führer und Jünger gibt[303].

---

296 Dazu unten S. 180 ff. (neohobbesianische Sozialvertragstheorien).

297 Dazu insbesondere unten S. 198 ff. (Theorien der kantischen Grundposition, unterschieden nach Sozialvertrags-, Standpunkt- und Diskurstheorien).

298 Dazu unten S. 180 ff. (neohobbesianische Sozialvertragstheorien); S. 199 ff. (kantische Sozialvertragstheorien).

299 Zu weiteren Klassifizierungen vgl. etwa *O. O'Neill,* Gerechtigkeit, Geschlechterdifferenz und internationale Grenzen (1993), S. 417 ff. – idealisierende und relativierende Gerechtigkeitstheorien; *H. Klenner,* Über vier Arten von Gerechtigkeitstheorien (1995), S. 137 ff. – agnostische, analytische, formale und materiale Gerechtigkeitstheorien.

300 *M. Weber,* Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft (1922), S. 1 ff.; *ders.,* Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. I, S. 124 ff.; dazu ausführlich *J. Heidorn,* Legitimität und Regierbarkeit (1982), S. 12 ff.

301 *M. Weber,* Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft (1922), S. 2 f. – auch die Bürokratie.

302 *M. Weber,* Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft (1922), S. 4 ff. – patriarchale Verwaltungsstruktur und ständische Sozialstruktur als Formen.

303 *M. Weber,* Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft (1922), S. 6 ff. – Führer, 'Jünger', Propheten, Kriegshelden, 'Wirtschaftshäuptlinge'.

Bezüglich der charismatischen Herrschaft hat schon *Weber* festgestellt, daß sie – abgesehen von reinen Formen wie bei der Suche nach einem neuen Dalai Lama – dazu tendiert, in traditionale oder legale Herrschaft überzugehen. Ähnliches gilt für die Übergangstendenz von traditionaler zu legaler Herrschaft. Schon deshalb empfiehlt es sich nicht, solche Herrschaftsformen für eine Gruppenbildung von Gerechtigkeitstheorien heranzuziehen: sie neigen dazu, in einer einzigen Gruppe, der der Satzungsherrschaft, aufzugehen. Demgemäß greifen neuere Legitimitätstheorien, etwa diejenige *Luhmanns*[304], aus *Webers* Typenlehre nur die Legitimitätskonzeption der legalen Herrschaft auf[305].

Vor allem aber ist *Webers* Legitimitätsbegriff inkompatibel mit demjenigen der *normativen* Gerechtigkeitstheorien. Zwar untersuchen beide 'soziales Handeln' im Sinne *Webers*[306]. Auch *Webers* Unterteilung des sozialen Handelns in zweckrationales, wertrationales, affektuelles und traditionales[307] findet noch Parallelen in der hier vorgenommenen Gruppenbildung nach Grundpositionen[308]. *Webers* Begriff der Legitimität läuft aber ausschließlich auf eine *empirische* Untersuchung der Herrschaft hinaus, d.h. auf die Erforschung des faktisch vorhandenen und mit Erfolg in Anspruch genommenen Legitimitäts*glaubens*[309]. Für *Weber* ist Herrschaft allein die Chance, Gehorsam für einen bestimmten Befehl zu finden[310], so daß seine Typen legitimer Herrschaft, die er als »Legitimitätsgründe« bezeichnet[311], nicht deshalb 'legitim' sind, weil sie einer objektiven Rechtfertigung zugänglich wären. Es kommt allein auf *tatsächliche Akzeptanz* an[312]. Darin liegt eine Legitimitätsvorstellung, die *normativen* Gerechtigkeitstheorien fremd ist, diese also auch nicht erfassen kann. Denn Normativität fragt nach den *richtigen* Maßstäben, nicht nur nach den *tatsächlichen*. Insoweit haben

---

304 Dazu unten S. 148 ff.

305 *J. Heidorn,* Legitimität und Regierbarkeit (1982), S. 116.

306 *M. Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. I, S. 1: »'Handeln' soll dabei ein menschliches Verhalten (einerlei ob äußerliches oder innerliches Tun, Unterlassen oder Dulden) heißen, wenn und insofern als der oder die Handelnden mit ihm einen subjektiven *Sinn* verbinden. 'Soziales' Handeln aber soll ein solches Handeln heißen, welches seinem von dem oder den Handelnden gemeinten Sinn nach auf das Verhalten *anderer* bezogen wird und daran in seinem Ablauf orientiert ist.« (Hervorhebungen bei *Weber*); vgl. oben S. 50 (handlungsbezogene Gerechtigkeitsdefinition D_1).

307 Vgl. *M. Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. I, S. 12 ff.: Zweckrational ist soziales Handeln, das unter Einbeziehung erwarteten Fremdverhaltens eigene Zwecke anstrebt. Wertrational ist soziales Handeln, das eine bestimmte Verhaltensweise rein als solche und unabhängig vom etwaigen Erfolg gebietet. Affektuell ist soziales Handeln aufgrund aktueller Gefühlslagen. Traditional ist soziales Handeln aus eingelebter Gewohnheit. Reales Handeln nähert sich diesen reinen Formen laut *Weber* entweder an oder ist aus ihnen gemischt (ebd., S. 13).

308 Vgl. oben S. 81 ff. (traditionales Handeln gemäß der aristotelischen Grundposition; zweckrationales Handeln gemäß der hobbesianischen Grundposition).

309 *J. Winckelmann,* Legitimität und Legalität (1952), S. 25; *J. Heidorn,* Legitimität und Regierbarkeit (1982), S. 69 ff.

310 *M. Weber,* Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft (1922), S. 1: »Herrschaft, d.h. die Chance, Gehorsam für einen bestimmten Befehl zu finden«; genauer *ders.,* Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. I, S. 28: »*Herrschaft* soll heißen die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden« (Hervorhebung bei *Weber*).

311 *M. Weber,* Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft (1922), S. 1: »An 'Legitimitätsgründen' der Herrschaft gibt es, in ganz reiner Form, nur drei«.

312 Vgl. unten S. 148 ff. (entsprechender Legitimitätsbegriff bei *Luhmann*).

soziologische Herrschaftsanalysen und normative Gerechtigkeitstheorien einen *unterschiedlichen Legitimitätsbegriff.* Eine Übernahme der Gruppenbildung *Webers* wäre folglich eine nur unvollständige Wiedergabe des Spektrums von Gerechtigkeitstheorien und deshalb hier nicht sachgerecht.

b) Das Verhältnis zwischen dem Rechten und dem Guten (T. Nagel)

Das Verhältnis zwischen dem Rechten und dem Guten ist eine viel untersuchte Grundentscheidungen in Gerechtigkeitstheorien[313], die wohl am konsequentesten von *Nagel* zu einer Klassifizierung der Theorien herangezogen wurde[314]. Die Grenzlinie entspricht im Grundsatz derjenigen zwischen Theorien der aristotelischen Grundposition auf der einen und der hobbesianischen und kantischen Grundposition auf der anderen Seite. Erstere bejahen ein Primat des Guten über das Rechte, machen also die Richtigkeit einer Handlung davon abhängig, ob sie (teleologisch, konsequentialistisch)[315] eine bestimmte Konzeption des Guten fördern kann. Letztere bejahen ein Primat des Rechten über das Gute, fragen also isoliert nach der Richtigkeit der einzelnen Handlung, gleich ob sie vorhandene (individuelle oder kollektive) Konzeptionen des Guten zu fördern vermag oder nicht. Im ersten Fall wir das tugendhafte Gute zum vorrangigen Maßstab der Gerechtigkeitsbegründung, im letzteren das moralisch Richtige. Theorien der Gerechtigkeitsskepsis, also solche, die jede positive Begründbarkeit von Gerechtigkeit ablehnen (nietzscheanische Grundposition), bleiben in dieser einfachen Einteilung unberücksichtigt.

Die schlichte Zweiteilung der Positionen ist in der Analyse von *Nagel* zu fünf besonders wichtigen Konstellationen verfeinert worden, unter denen auch die nietzscheanische Grundposition wieder eine Zuordnung findet[316]. Je nachdem, wie das gute Leben (das Gute) zum moralischen Leben (dem Rechten) ins Verhältnis gesetzt wird, sollen fünf verschiedene Konstellationen resultieren. *Erstens* könne, wie bei *Aristoteles,* das moralische Leben in Abhängigkeit vom guten Leben definiert werden. Eine Handlung sei danach richtig, wenn sie dem guten Leben diene. *Zweitens* solle, wie bei *Platon,* das gute Leben in Abhängigkeit vom moralischen Leben definierbar sein. Moralisches Handeln ist dann eine Voraussetzung für gutes Leben. Wird das Leben nicht ausschließlich auf moralische Handlungen gegründet, so kann es kein gutes Leben mehr sein. *Drittens* könne, wie bei *Nietzsche,* das moralische Leben unabhängig vom guten Leben verstanden werden; das Rechte und das Gute bedingten einander nicht, doch gebühre dem guten Leben im Kollisionsfall die absolute Priorität[317]. *Viertens* sei es möglich, wie beim Utilitarismus und den meisten deontologi-

---

313 Vgl. *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), S. 24: »The two main concepts of ethics are those of the right and the good; ... The structure of an ethical theory is, then, largely determined by how it defines and connects these two basic notions.«

314 *T. Nagel*, The View From Nowhere (1986), S. 195 ff.

315 Zum Begriff des Konsequentialismus (*consequentialism*) siehe unten S. 152 (Charakteristika der aristotelischen Grundposition).

316 *T. Nagel*, The View From Nowhere (1986), S. 195 ff.

317 *T. Nagel*, The View From Nowhere (1986), S. 196. Danach kann das moralische Leben zwar als menschliches Gut angesehen werden, jedoch nur solange, wie es ein gutes Leben nicht dominiert. Würde moralisches Handeln indes das gute Leben behindern, so gäbe aus keinen Grund, die Moralität aufrechtzuerhalten.

schen Theorien einschließlich der kantischen Tradition, dem moralischen Leben absoluten Vorrang vor dem guten Leben einzuräumen[318]. *Fünftens* schließlich ließe sich eine Kollision zwischen dem guten und dem moralischen Leben durch nicht-absolute Vorrangregeln lösen. Dann wäre je nach dem Gewicht der Gründe mal dem guten Leben, mal dem moralischen Leben der Vorrang einzuräumen sein. Der vierten Verhältnissetzung gibt *Nagel* selbst den Vorzug, während der die ersten drei für schlicht falsch hält und die fünfte für unbefriedigend[319].

Der *Indifferenzeinwand,* der schon gegenüber der Klassifizierung nach Darstellungsmitteln zu erheben war (Sozialvertragstheorien)[320], gilt auch gegenüber der Einteilung von *Nagel*. Auch hier werden mit den utilitaristischen und kantischen Theorien Begründungsansätze in einer Globalklasse zusammengefaßt, die dann die meisten der gegenwärtig vertretenen Theorien vereint, ohne deren grundlegenden Unterschiede zu würdigen[321].

c) *Effizienz, Rechtfertigung, Wertorientierung (A. Hamlin/P. Pettit)*

Der Indifferenzeinwand gilt ferner auch gegenüber der von *Hamlin* und *Pettit* vorgeschlagenen Einteilung, die bei der Analyse normativer Theorien über die richtige politische Ordnung danach fragen, ob sich die Argumentation auf die Machbarkeit, die Rechtfertigung oder die Förderlichkeit für bestimmte Werte richtet[322]. In der Gruppe der Rechtfertigungstheorien finden sich dann so unterschiedliche Ansätze wie die von *Rawls, Buchanan, Gauthier* und *Nozick*[323], also Theorien sowohl der hobbesianischen als auch der kantischen Grundposition. Mit einer solchen Klassifizierung ist ähnlich wenig gewonnen wie mit der pauschalen Vereinigung von Vertragstheorien unter einem Dach[324].

d) *Deontologische und teleologische Theorien (M. Sandel/S. Kagan)*

Die Unterscheidung von Gerechtigkeitstheorien danach, ob sie deontologische oder teleologische Ethik explizieren, ist – soweit ersichtlich – bisher am ausführlichsten

---

318 Zwar mag generell das gute Leben des einzelnen mit dem moralischen Leben zusammentreffen, wie es durch die Summe des Nutzens für alle oder durch eine andere Begründung der Richtigkeit definiert ist. Im Kollisionsfall muß sich indes das gute Leben dem moralischen Leben, also einem Handeln zum Besten der Gemeinschaft oder nach einem allgemeinen Richtigkeitsprinzip wie dem kategorischen Imperativ, beugen; *T. Nagel*, The View From Nowhere (1986), S. 196 f.

319 Vgl. *T. Nagel*, The View From Nowhere (1986), S. 197, 199 f.

320 Dazu oben S. 102 (Ungeeignetheit der Sozialvertragstheorien als Theorienklasse).

321 Zur Abgrenzung einer kantischen Grundposition vom Utilitarismus siehe etwa die ausführliche Begründung bei *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 26, S. 150 ff.; § 27, S. 161 ff.

322 *A. Hamlin/P. Pettit,* Normative Analysis (1989), S. 10 f. – *feasibility, eligibility, desirability.*

323 Dazu unten S. 143 ff. (Dritter Teil).

324 Bezeichnenderweise vereint *Hamlin* gleichzeitig unter der Gruppe der Vertragstheorien so divergente Ansätze wie die von *Rawls, Gauthier* und *Buchanan* unter dem Gesichtspunkt einer *'contractarian strategy'*; *A. Hamlin,* Liberty, Contract and the State (1989), S. 87 ff.

von *Sandel* und *Kagan* vorgenommen worden[325]. Sie ist bei *Sandel* im Kontext mit dessen kommunitaristischer Theorie zu sehen[326] und entspricht der Abgrenzung zwischen Theorien der aristotelischen Grundposition auf der einen und solchen der hobbesianischen und kantischen Grundposition auf der anderen Seite. In der spezifisch kommunitaristischen Zuspitzung geht es bei *Sandel* vor allem um eine Kritik an dem liberalen Verständnis der Menschen losgelöst von ihrer Konzeption des Guten[327]. Auch gegenüber der Einteilung von *Sandel* gilt der Indifferenzeinwand, weil zu den Theorien, die er unter der Bezeichnung 'deontologischer Liberalismus' zusammenfaßt, so unterschiedliche Ansätze gehören wie die von *Hobbes, Kant* und *Rawls*[328]. Entsprechende Bedenken sind gegenüber *Kagans* Klassifizierung begründet: zwar wird sehr treffend charakterisiert, daß teleologische Theorien (positiv) das Gute erstreben, während deontologische Theorien (nur) das Schlechte verbieten[329], doch finden sich auch bei *Kagan* in undifferenzierter Weise die Vertrags-, Beobachter- und Universalitätstheorien unter einer 'deontologischen Grundlegung' vereint[330].

e) Ergebnisse

In dieser Analyse konnten nicht alle denkbaren Klassifizierungen untersucht werden[331]. Für die dargestellten gilt indes, daß sie für eine aussagekräftige Analyse und Kritik an Gerechtigkeitstheorien weniger geeignet sind als die hier verfolgte Klassifizierung nach Grundpositionen der politischen Philosophie. Gegenüber den meisten Ansätze ist der Indifferenzeinwand zu erheben, weil Theorien mit grundlegenden Unterschieden in einer Klasse zusammengefaßt werden. Dieser Einwand gilt vor allem gegenüber der Gruppe der Sozialvertragstheorien, der so unterschiedliche Theorien zugehören, daß die Klasse fast das gesamte Spektrum der politische Philosophie umfaßt.

III. Zum Gegenstand der Gerechtigkeitstheorien

Daß die hier interessierenden Gerechtigkeitstheorien *politische* Gerechtigkeit zum Gegenstand haben, wurde bereits erläutert (Schwerpunktthese)[332]. Doch die Inhalte,

---

325 *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 54, 175 ff. (177); *S. Kagan,* Normative Ethics (1998), S. 25 ff., 70 ff., 189 ff., 240 ff.

326 Dazu unten S. 159 ff. (epistemologischer Kommunitarismus).

327 *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 175: »Only in a universe empty of *telos* ... is it possible to conceive a subject apart from and prior to its purposes and ends. ... In this the depth of opposition between deontological liberlalism and teleological world views most fully appears.« (Hervorhebung bei *Sandel*).

328 *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 175 f.

329 Vgl. *S. Kagan,* Normative Ethics (1998), S. 25 ff., 70 ff.

330 *S. Kagan,* Normative Ethics (1998), S. 240 ff. – *'Deontological Foundations'*.

331 Unerörtert blieb beispielsweise die (nicht ganz überschneidungsfreie) Differenzierung bei *J. Nida-Rümelin,* Theoretische und angewandte Ethik (1996), S. 7 ff. nach den 'Paradigmen' des Utilitarismus, Kontraktualismus, Libertarismus, der Tugendethik und kantischen Ethik. *W. Reese-Schäfer,* Grenzgötter der Moral (1997), S. 59 ff. unterscheidet zwischen Diskurs- und Moraltheorien, Kommunitarismus sowie 'Differenzierungstheorien'.

332 Dazu oben S. 78 (politische Gerechtigkeit und die Schwerpunktthese).

auf die sich einzelne Theorien der politischen Gerechtigkeit beziehen, sind damit immer noch so unterschiedlich, daß sich die Frage der *Vergleichbarkeit* und *Vollständigkeit* der Theorien stellt.

1. Die Vergleichbarkeit von Gerechtigkeitstheorien

Für eine Analyse der Theorien politischer Gerechtigkeit stellt die Frage der Vergleichbarkeit eine grundlegende methodische Herausforderung dar. Immerhin ist es denkbar, daß die verschiedenen Theorien einander nicht nur unauflöslich widersprechen, in diesem Sinne also *unvereinbar* sind, sondern bereits einen derart unterschiedlichen Gegenstand betrachten oder Blickwinkel einnehmen, daß sie als *unvergleichbar* angesehen werden müssen (Inkommensurabilitätsthese)[333]. Während sich bei bloßer Unvereinbarkeit über die Vorzüge der einen oder anderen Theorie trefflich streiten läßt, muß der Kritiker angesichts von Unvergleichbarkeit schweigen: wo nicht verglichen werden kann, wird vergleichende Kritik sinnlos.

Die Inkommensurabilitätsthese manifestiert sich an zwei Theorieunterschieden: *erstens* an den verschiedenen politischen Idealen, die in Gerechtigkeitstheorien zum Ausdruck kommen (*politische Inkommensurabilität,* dazu a), und *zweitens* an den verschiedenen Gegenständen, deren Gerechtigkeit untersucht wird (*konzeptuelle Inkommensurabilität,* dazu b). Den methodischen Bedenken läßt sich, soweit sie überhaupt begründet sind, mit der Skalierbarkeitsthese begegnen (c).

a) Zur politischen Inkommensurabilität (J.P. Sterba)

In der ersten (der politischen) Variante wird die Inkommensurabilitätsthese von *Sterba* vertreten. Zwischen dem Freiheitsideal des libertären Individualisten, dem Gleichheitsideal des Sozialisten, dem Fairneßideal des Sozialdemokraten, dem Tugendideal des Kommunitaristen und dem Androgynitätsideal der Feministin[334] bestünden so grundlegende Differenzen, daß diese Ideale nicht nur unvereinbar, sondern sogar *unvergleichbar* würden (*politische Inkommensurabilitätsthese*)[335]. Die Gleichheitsforderung des Sozialisten läßt sich danach nur vor dem Hintergrund des von ihm vertretenen Gleichheitsideals verstehen, das Minimalstaatsstreben des libertären Individualisten nur vor dem Hintergrund seines individualistisch geprägten Freiheitsideals. Zwischen den beiden kann dagegen keine sinnvolle Kommunikation über Ideale stattfinden, *weil kein kleinster gemeinsamer Nenner existiert.* Es fehlt bereits die Grundlage, auf der ein Vergleich aufgebaut werden könnte.

---

[333] Vgl. grundsätzlich zum methodischen Problem der Inkommensurabilität – dort am Beispiel der Ungleichartigkeit von Satz-Regelsystemen – *J.-F. Lyotard,* Der Widerstreit (1983), S. 215 ff. *Lyotard* reformuliert und verallgemeinert den Sein-Sollens-Fehlschluß als Problem der Inkommensurabilität kognitiver und präskriptiver Sätze. Zum Fehlschluß unten S. 261, Fn. 5.

[334] Gegenüberstellung bei *J.P. Sterba,* How to Make People Just (1988), S. 11 ff.; *ders.,* Reconciling Conceptions of Justice (1995), S. 1 ff. Zur Kritik an dieser Gegenüberstellung siehe *C.C. Gould,* Comments on Reconciling Conceptions of Justice (1995), S. 53 ff.

[335] Vgl. *J.P. Sterba,* Reconciling Conceptions of Justice (1995), S. 1 ff. – Inkommensurabilität von fünf politischen Gerechtigkeitsverständnissen (libertär, sozialistisch, wohlfahrtsstaatlich, feministisch, kommunitaristisch); zuvor bereits *ders.,* How to Make People Just (1988), S. 11 ff.

Sterba hat vorgeschlagen, aus diesem Dilemma die Flucht nach vorn anzutreten, indem man die Unvereinbarkeit und Unvergleichbarkeit der politischen Ideale ignoriert, um die Gemeinsamkeit bei den aus ihnen resultierenden Handlungsgeboten zu suchen[336]. So könnten das Recht auf ein wohlfahrtsstaatlich zu sicherndes Existenzminimum und das Gebot der Chancengleichheit ungeachtet des jeweiligen politischen Ideals verteidigt werden[337]. In der Konkretisierung von Gerechtigkeitsgeboten jenseits der Ideale könnte also eine Vereinbarkeit verschiedener Ansätze und zumindest insoweit eine Vergleichbarkeit gesucht werden.

Dem ist entgegenzuhalten, daß weder die politische Inkommensurabilitätsthese als Problembeschreibung noch die Vorgehensweise, die *Sterba* zur Problemlösung vorgeschlagen hat, Zustimmung verdient. Als Problembeschreibung trifft die politische Inkommensurabilitätsthese nicht zu, weil politische Ideale nicht den Ausgangspunkt von Gerechtigkeitstheorien bilden, sondern deren Ergebnis. Ob das Freiheitsideal der libertären Individualistin oder das Gleichheitsideal der Sozialistin die richtige Zielvorstellung für eine gerechte Sozialordnung abgeben, oder ob vielleicht beide Ideale anteilig zur Formulierung politischer Gerechtigkeit beitragen, muß in einer Gerechtigkeitstheorie erst noch begründet werden. Bezüglich dieses Begründungsauftrags stehen die Individualistin und die Sozialistin sehr wohl im selben Anfangspunkt der Ungewißheit; schon deshalb bleiben ihre Entwürfe für eine gerechte Ordnung bei aller Diskrepanz zumindest *vergleichbar* – die politische Inkommensurabilitätsthese ist falsch. Darüber hinaus ist der Lösungsvorschlag, den *Sterba* für das vermeintliche Vergleichbarkeitsproblem macht, zur Bewältigung der Theorieunterschiede ungeeignet, wenn man neben der Gerechtigkeits*erzeugung* auch die Gerechtigkeits*begründung* ins Auge faßt. Dann genügt es nicht, auf die Praktikabilität des Ergebnisses zu schauen, sondern es müssen die *Gründe* angegeben werden, die die Handlungsgebote in den einzelnen Normensystemen (Liberalismus, Sozialismus) tragen. Erst eine positive Konzeption praktischer Vernunft enthält die Gründe des Handelns und damit die Grundsätze zur Lösung aller *neu* auftretenden Gerechtigkeitsfragen[338].

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die Inkommensurabilität von Gerechtigkeitstheorien, soweit sie mit unterschiedlichen politischen Idealen begründet wird (politische Inkommensurabilitätsthese), ein Scheinproblem darstellt: Theorien bleiben vergleichbar, selbst wenn sich die Befürworter verschiedener politischer Ideale unversöhnlich zeigen.

---

336 So die Strategie von *Sterba*, die dieser als 'practical reconciliationist argument' bezeichnet; *J.P. Sterba*, How to Make People Just (1988), S. 185. *Sterba* stellt die folgende These auf: »I content ... that reconciliation is possible, at least at the practical level. ... liberty, equality, contractual fairness, androgyny, or the common good as the ultimate political ideal, ... when correctly interpreted, support the same practical requirements«; ebd., S. 85, ähnlich S. 177; Begründung der Strategie S. vii, 85 ff.; Neuformulierung in *ders.*, Reconciling Conceptions of Justice (1995), S. 2 ff. m.w.N.

337 *J.P. Sterba*, Reconciling Conceptions of Justice (1995), S. 2.

338 Vgl. oben S. 27 ff. (Gerechtigkeit und praktische Vernunft).

b) *Zur konzeptuellen Inkommensurabilität*

aa) *Mikro-, Meso- und Makrotheorien*

In der zweiten (der konzeptuellen) Variante wird die Inkommensurabilitätsthese kaum diskutiert[339], obwohl sie in dieser Form eine sehr viel dringendere methodische Herausforderung für die vergleichende Kritik von Gerechtigkeitstheorien darstellt als in der (nur scheinbar problematischen) 'politischen' Variante. Eine Inkommensurabilität würde nämlich vor allem dann entstehen, wenn Gerechtigkeitstheorien *nach dem Gegenstand der behandelten Gerechtigkeitsurteile* derart unterschiedliche Bereiche abdecken, daß ihnen ein kleinster gemeinsamer Nenner verlorengeht und deshalb die Vergleichbarkeit endet (*konzeptuelle Inkommensurabilitätsthese*). Immerhin reicht das Gegenstandsspektrum der behandelten Gerechtigkeitsurteile von genau definierten Einzelentscheidungen in sehr kleinen Personengruppen (Mikrotheorien) über spezifische Verteilungsprobleme in gesellschaftlichen Teilbereichen (Mesotheorien)[340] bis hin zu Gerechtigkeitsurteilen über die Grundstruktur einer Gesellschaft oder der Welt insgesamt (Makrotheorien)[341]. Damit stellt sich die methodische Frage nach der Vergleichbarkeit von Theorien, in denen zwar jeweils von 'Gerechtigkeit' gespochen wird und bei denen es immer auch um *politische* Gerechtigkeit gehen kann[342], die aber letztlich kaum Überschneidungen beim Gegenstandsbereich aufweisen, weil sie Gerechtigkeit mal im Kleinen, mal im Großen untersuchen. Teilen die solchermaßen differenzierten Theorien lediglich eine gemeinsame »Gerechtigkeitssemantik«[343], oder gibt es Verbindungslinien, durch die eine Vergleichbarkeit begründet wird? Diese Frage kann mit der Skalierbarkeitsthese beantwortet werden, die einen methodischen Brückenschlag zwischen Theorien verschiedener Gegenstandsbereiche unternimmt.

---

[339] Eine positive Ausnahme bildet *V.H. Schmidt*, Bounded Justice (1993), S. 19 – bezogen auf die Vergleichbarkeit der Theorien von *Walzer* und *Rawls*.

[340] Mesotheorien beschäftigen sich mit dem Phänomen der 'lokalen Gerechtigkeit' (*local justice*), nach dem sich in einzelnen Institutionen und Aufgabenbereichen bestimmte Präferenzen für Gerechtigkeitsverfahren (z.B. Organspendenverteilung) herausbilden; *J. Elster*, Local Justice (1992), S. 18 ff.; *V.H. Schmidt*, Soziologische Gerechtigkeitsanalyse als empirische Institutionenanalyse (1995), S. 173 ff.; *H.W. Bierhoff*, Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit (1996), S. 3.

[341] Von einer Mikrotheorie der Gerechtigkeit spricht man allgemein, wenn sie ihren Fokus auf das Individuum richtet; von einer Makrotheorie, wenn es um die Gerechtigkeit in der Gesellschaft geht: *H.W. Bierhoff*, Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit (1996), S. 2 f. – dort allerdings mit spezifisch sozialpsychologischen Differenzierungen zum Gerechtigkeits*empfinden*, auf die es in der politischen Philosophie nicht ankommt.

[342] Vgl. oben S. 78 (politische Gerechtigkeit und die Schwerpunktthese) – ‚politische' Gerechtigkeit als diejenige im Zusammenhang mit Recht und Staat. Ein Verteilungsproblem bei staatlich geregelter Organtransplantation (Mesotheorie) oder eine Frage der Legitimität von Machtausübung bei Vertragsgestaltungen (Mikrotheorie) gehört ebenso zur politischen Gerechtigkeit wie die verfassungskräftige Garantie von Menschenrechten (Makrotheorie).

[343] Vgl. *V.H. Schmidt*, Bounded Justice (1993), S. 19: »[I]t simply makes no sense to juxtapose works whose subjects barely overlap and which share little more than a common semantic – in this case, the semantic of justice.«

bb) *Die Skalierbarkeitsthese als Ausweg (B. Barry)*

Das Verhältnis zwischen Mikro- und Makrotheorien ist, ohne daß dies immer ausdrücklich betont würde[344], als das einer wechselseitigen Entsprechung festgelegt worden, durch die ein kritischer Vergleich von Theorien aus beiden 'Theoriewelten' möglich wird[345]. Die im Kleinen gefundenen Prinzipien und Verfahren sollen sich *ohne inhaltlichen Unterschied oder weitere Voraussetzungen* auf eine größere Gruppe von Individuen und Sachverhalten und damit letztlich auch auf den Anwendungsbereich der staatlichen Ordnung erweitern lassen, also verzerrungsfrei vom Kleinen ins Große skaliert werden können (*Skalierbarkeitsthese*).

Die maßstäbliche Vergrößerbarkeit von Theorieansätzen (Skalierbarkeit) ist von großer praktischer Bedeutung. Denn das, was eine Theorie im Kleinen untersucht, wird häufig erst dadurch wichtig, daß sich dieselben Grundsätze auch auf Gerechtigkeit in der staatlichen Rechtsgemeinschaft übertragen lassen sollen[346]. Die Skalierbarkeit ist erforderlich, wenn man analytisch von Konflikten im Zweipersonenverhältnis zur Rechtfertigung sozialer Institutionen übergehen will[347]. Dazu werden Mikrotheorien und Makrotheorien auf der Basis struktureller Merkmale einander zugeordnet, selbst wenn sie einen unterschiedlichen Anwendungsbereich haben – die Entscheidungsrationalität der Zweipersonensituation wächst zur Sozialvertragstheorie, der Diskurs in der Kleingruppe wächst zur Kommunikationsgesellschaft. Die Selbstverständlichkeit, mit der die meisten Autoren die Skalierbarkeit implizieren, zeigt sich in den von ihnen gezogenen Vergleichen zwischen vernünftigen Einzelfallentscheidungen im Zweipersonenverhältnis auf der einen Seite und Gerechtigkeitstheorien für das politsche Gemeinwesen auf der anderen[348]. Solche Vergleichbarkeit zwischen Theorien unterschiedlicher Anwendungsbereiche wird erst dadurch erreicht, daß man Mikro- und Makrotheorien einander wechselseitig zuordnet. Vergleich und Zuordnung wiederum implizieren, daß sich eine Mikrotheorie maßstäblich vergrößern (oder eine Makrotheorie maßstäblich verkleinern) läßt, bis sie in den jeweils anderen Theorien eine Entsprechung findet[349].

---

344 Erwähnung des Skalierbarkeitsproblems bei *J.C. Harsanyi,* Maximin Principle (1975), S. 605: »In fact, it would be *a priori* rather surprising if, at the most fundamental level, the basic principles of morality should take different forms for large-scale and for small-scale situations.« Kritische Erörterung bei *B. Peters,* Integration moderner Gesellschaften (1993), S. 380 f.

345 Vgl. etwa *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 293: »The result will be that theories with very different substantive conclusions will be treated together as having the same structure«; sowie S. 321 – Zuordnung der Theorien von *Harsanyi* und *Rawls* als Theorien gleicher Struktur.

346 So auch *B. Peters,* Integration moderner Gesellschaften (1993), S. 380 f., der dies als den Vorteil der Entscheidungstheorien schildert, dem inhaltlichen Gewinn aus den Folgerungen aber skeptisch gegenübersteht.

347 Exemplarisch *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 145: »[W]e move on from fair division to social justice. By 'fair division' I mean to refer to proposed solutions to conflicts among small numbers of people ... . By 'social justice' I intend to refer to criteria to appraise social institutions«.

348 *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 145.

349 Implizit auch *Gauthier*, der die Theorie des Verhandelns (*theory of bargaining*) als mit seiner Theorie der Gerechtigkeit verbunden bezeichnet und diese später mit Sozialvertragstheorien vergleicht. Siehe *D. Gauthier,* Bargaining and Justice (1985), S. 206; *ders.,* The Social Contract as Ideology (1977), S. 350: »Insofar as the two [contractarian and noncontractarian conceptions] are mutually supportive, all is well.«

Die Skalierbarkeit ist, obwohl sie häufig impliziert wird, keinesfalls trivial. Was im Kleinen gerecht ist, läßt sich nicht in jedem Fall auf größere Maßstäbe übertragen, ohne daß sich an der Begründbarkeit etwas ändert. Im Gegenteil. Eine einfache Überlegung zur Informiertheit der Beteiligten zeigt, daß zumindest bei der *realen Umsetzung* von Gerechtigkeit die Größe des Beteiligtenkreises einen Unterschied bedeutet. Nehmen wir beispielsweise den Fall, daß Gerechtigkeit in einem Zweipersonenverhältnis durch Vertragsverhandlung hergestellt werden soll. Dazu muß und kann davon ausgegangen werden, daß die beiden Beteiligten über alle relevanten Umstände und Interessen des jeweils anderen annähernd vollständig informiert sind. Vergrößert man aber den Beteiligtenkreis auf die staatliche Gemeinschaft, so kann bei Verhandlungen zwischen Gruppen (etwa einer religiösen Minderheit mit der Mehrheit) die vollständige Informiertheit getrenntlebender Bevölkerungsgruppen untereinander nicht mehr länger angenommen werden. Sie müßte erst durch zusätzliche Maßnahmen sichergestellt werden – etwa durch einen funktionierenden Meinungsmarkt (*marketplace of ideas*[350]) oder andere effektive Informationsmedien. Erst dadurch wäre die Vergleichbarkeit der Makro- mit der Mikrosituation wiederhergestellt. Die Übertragung eines Ergebnisses aus der experimentellen Zweipersonensituation auf die Größenordnung eines staatlichen Gemeinwesens kann also jedenfalls nicht in allen Fällen, wie von der Skalierbarkeitsthese vorausgesetzt, ohne inhaltlichen Unterschied oder weitere Voraussetzungen geschehen, sondern bedarf zusätzlicher Rechtfertigung. Wer eine Mikrotheorie der Gerechtigkeit zu einer Makrotheorie ausbauen will, um sie anderen Makrotheorien gegenüberzustellen, muß zusätzlich begründen, warum die Skalierung an den im Kleinen begründeten Ergebnissen nichts ändert.

Wenn die Skalierbarkeitsthese für die *reale Umsetzung* von Gerechtigkeit also zumindest in einigen Fällen unzutreffend ist, so behält sie doch ihren Wert. Für das *ideale Begründungsmodell*, wie es alle Theorien enthalten, ist die These nämlich zutreffend. Im gedachten Idealzustand sind Voraussetzungen der Makrosituation (staatliche Gemeinschaft) ebenso hypothetisch wie diejenigen der Mikrosituation (Gedankenexperiment mit zwei Personen). Die maßstäbliche Vergrößerung des Anwendungsbereichs einer Theorie krankt also nicht daran, daß sich ihre Voraussetzungen unter den Bedingungen der realen Welt verändern. *Der gedachte Vertrag oder der gedachte Diskurs behalten im Kleinen wie im Großen stets dieselbe Struktur.*

---

[350] In heutigem Verständnis zuerst *Holmes* Minderheitenvotum in *Abrams vs. United States,* 250 U.S. 616, 630 (1919): »But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution.« Vgl. dazu BVerfGE 5, 85 (135) – KPD-Verbotsurteil: »Denn es ist eine der Grundanschauungen der freiheitlichen Demokratie, daß nur die ständige geistige Auseinandersetzung zwischen den einander begegnenden sozialen Kräften und Interessen, den politischen Ideen und damit auch den sie vertretenden politischen Parteien der richtige Weg zur Bildung des Staatswillens ist – nicht in dem Sinne, daß er immer objektiv richtige Ergebnisse liefere, denn dieser Weg ist a process of trial and error (I. B. Talmon), aber doch so, daß er durch die ständige gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften gibt.«

c) *Ergebnisse*

In ihrer politischen Variante betrifft die Inkommensurabilitätsthese ein Scheinproblem, denn selbst bei unterschiedlichsten politischen Idealen (Ergebnissen) bleiben die Theorien zur *Begründung* von Gerechtigkeit vergleichbar. In der konzeptuellen Variante zeigt die Inkommensurabilitätsthese zutreffend die methodischen Grenzen der Vergleichbarkeit von Theorien auf. Im Ergebnis gelingt aber ein methodischer Brückenschlag, der die Vergleichbarkeit von *Gerechtigkeitsbegründungstheorien* sicherstellt: Bei der Untersuchung gesamtgesellschaftlicher Gerechtigkeit in Makrotheorien können auch solche Theorien zum Vergleich herangezogen werden, die sich mit Gerechtigkeit innerhalb eines kleineren Beteiligtenkreises befassen (Mikrotheorien)[351], solange es um das *ideale Begründungsmodell* der Theorien geht, denn anders als bei der realen Umsetzung von Gerechtigkeit trifft insoweit die These zu, daß sich die im Kleinen gefundenen Prinzipien oder Verfahren ohne inhaltlichen Unterschied oder weitere Voraussetzungen maßstäblich vergrößern lassen (Skalierbarkeitsthese). Die Inkommensurabilitätsthese trifft insoweit nicht zu.

2. *Die Vollständigkeit von Gerechtigkeitstheorien*

a) *Die Ergänzbarkeitsthese*

Bei der Skalierbarkeitsthese geht es um die Vergleichbarkeit von Theorien. Aber auch unter dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit stellen sich Probleme, die in ganz ähnlicher Weise gelöst werden. Wenn eine Theorie zur politischen Gerechtigkeit nicht alle Gerechtigkeitsfragen behandelt, die für die Beurteilung eines staatlichen Gemeinwesens Gewicht haben, so muß die Theorie, um überhaupt Aussagekraft zu behalten, implizit davon ausgehen, daß sich an den gefundenen Ergebnissen nichts verändert, wenn sie auf die ungeklärten Gerechtigkeitsfragen übertragen werden (*Ergänzbarkeitsthese*). Die Theorie geht also davon aus, daß einzelne Bausteine sich ohne inhaltliche Änderung zu einer umfassenden Theorie der politischen Gerechtigkeit vervollständigen lassen.

Auch die Ergänzbarkeitsthese ist nicht trivial. Wenn beispielsweise eine Theorie nur ein einzelnes Verteilungsprinzip rechtfertigt, etwa das Differenzprinzip bei *Rawls*, oder nur ein bestimmtes Verfahren für gerecht erklärt, etwa den Diskurs bei *Habermas*, dann kann dies ein theoretisches Ergebnis sein, das bereits der politischen Gerechtigkeit zuzuordnen ist. Doch fehlen noch wesentliche Zwischenschritte, um von einer vollständigen Theorie über politische Gerechtigkeit sprechen zu können: Differenzprinzip und Diskurs müssen ihre Anwendbarkeit in Fragen staatlicher Ordnung unter Beweis stellen. Würde jetzt diese Ergänzung dazu führen, Prinzip oder Verfahren selbst wieder in Frage zu stellen, so wäre die Ergänzbarkeitsthese widerlegt. Das kann – ähnlich wie bei der Skalierbarkeitsthese – immer dann geschehen, wenn es sich um die *reale Anwendung* von Prinzipien oder Verfahren handelt, denn dabei können im Bereich staatlicher Ordnung Anwendungsbedingungen problematisch werden, die bei anderen Sachfragen oder kleineren Beteiligtengruppen keine Schwierigkeiten aufwerfen. So müßte beispielsweise, wenn die Anwendung

---

[351] Dazu unten S. 171 ff. (Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren).

des Diskursprinzips in einem Modell deliberativer Politik an unvermeidbaren politisch-realen Zwängen scheitern sollte, dies zu dem Rückschluß führen, daß ein realer Diskurs als Fundament gerechter sozialer Ordnung untauglich ist[352].

Doch bleibt die Ergänzbarkeitsthese trotz ihrer insoweit beschränkten Geltung wertvoll für alle Aussagen zur *idealen Begründung* von Gerechtigkeit, denn solche Aussagen sind unabhängig davon richtig oder falsch, ob die *realen Anwendungsbedingungen* bestehen. Um beim Beispiel zu bleiben: Ein einzelner, im staatlichen Rahmen nicht umsetzbarer *realer* Diskurs könnte keinen Zweifel daran begründen, daß *ideale* Diskurse als Mittel praktischer Erkenntnis grundsätzlich tauglich sind[353]. Das bedeutet im Ergebnis: Eine unvollständige Theorie kann das Bild eines Gerechtigkeitsverständnisses für die staatliche Ordnung bereits in sich tragen, ohne es im einzelnen zu explizieren. Solche Unvollständigkeit ist zumindest für die ideale Begründung von Gerechtigkeit unschädlich, weil sich eine Theorie ohne inhaltliche Änderung um weitere Bausteine ergänzen und so zu einer umfassenden Theorie der politischen Gerechtigkeit vervollständigen läßt (Ergänzbarkeitsthese). Folglich können auch allgemein formulierte Theorien über rationales Entscheiden sinnvoll als Theorien der politischen Gerechtigkeit untersucht werden[354].

b) Die Erweiterbarkeitsthese

Bei der Erweiterbarkeitsthese geht es, vereinfacht gesprochen, um die Unterscheidung von 'Pflicht' und 'Kür' in der politischen Gerechtigkeit. Gegenwärtige Gerechtigkeitstheorien sind auf eine vereinfachte Sicht der Dinge konzentriert. Sie fragen nur nach solcher Gerechtigkeit, bei der die definitionsgemäß relevanten 'anderen'[355] aktuell und selbständig lebende Menschen sind, also weder Tiere, Pflanzen und unbelebte Entitäten, noch Föten oder künftige Generationen. Die Theorien blenden damit die schwierige Frage aus, *welche Entitäten als Moralsubjekte und -objekte* in Frage kommen[356]. Außerdem verzichten sie auf eine Differenzierung nach dem Geschlecht und klammern damit die feministische Theorie insgesamt aus[357].

---

352 Dazu unten S. 239 ff. (Diskursprinzip und deliberative Politik bei *Habermas*).

353 Vgl. unten S. 218 ff. (idealer und realer Diskurs).

354 Dazu unten S. 171 ff. (Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren), S. 176 ff. (Theorien zum Nichteinigungspunkt).

355 Dazu oben S. 50 (D_1).

356 Vgl. etwa *I. Persson,* Eine Basis für (Interspezies-)Gleichheit (1994), S. 281 – Gerechtigkeit erfordere, daß das Leben bestimmter nichtmenschlicher Wesen den gleichen Wert habe wie das von Menschen; *T. Regan,* Unrechtmäßig erworbene Vorteile (1994), S. 308 ff. – zum Kriterium des inhärenten Wertes.

357 Zur Kritik etwa *M. Matsuda,* Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature (1986), S. 616: »Behind Rawls's veil, woman thinking, the terrifying Other, is abstracted out.«; *I.M. Young,* Impartiality and Civic Public (1987), S. 58: »[I]deals of liberalism and contract theory, such as formal equality and universal rationality, are deeply marred by masculine biases about what it means to be human and the nature of society.«; *V. Held,* Non-contractual Society (1987), S. 112 f.: »[C]ontractual relations ... discount in very fundamental ways the experience of women.«; *C. Pateman,* The Sexual Contract (1988), S. 1: »We hear an enormous amount about the social contract; a deep silence is maintained about the sexual contract. ... Standard accounts of the social contract theory do not discuss the whole story«; *S.M. Okin,* Justice, Gender, and the Family

Schon *Rawls* hat bewußt offen gelassen, ob Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit gegenüber nichtmenschlichen Entitäten (Tieren, Pflanzen, unbelebten Naturobjekten) möglich ist und damit Gegenstand einer umfassenden Gerechtigkeitstheorie sein sollte. Auch hat er die spezifischen Ungerechtigkeiten in der Ungleichbehandlung der Geschlechter nicht aufgegriffen. Die Gerechtigkeit zwischen Generationen ist zwar Bestandteil seiner Theorie, hat sich aber seitdem innerhalb der Diskussion verselbständigt[358]. Auch die internationale Gerechtigkeit war bei *Rawls* nicht behandelt, sondern ist, wie alle diese Gegenstände, erst als *Erweiterung* der Gerechtigkeitstheorie diskutiert worden[359]. *Rawls* hat die Beschränkung des Gegenstandsbereiches damit gerechtfertigt, daß eine zunächst bescheidener konzipierte Theorie der Gerechtigkeit sich später erweitern lasse[360]. Diese *Erweiterbarkeitsthese* ist implizit Bestandteil all jener Theorien, die sich auf einen Grundkanon von Gerechtigkeitsfragen kon-

---

(1989), S. 89: »critiquing Rawls's theory for its neglect of gender«; *dies.,* Political Liberalism, Justice, and Gender (1994), S. 24 ff.; *S. Benhabib,* Der verallgemeinerte und der konkrete Andere (1989), S. 462: »Zu Beginn der modernen moralischen und politischen Theorie [erfolgte] die Ausklammerung von Geschlechtsbeziehungen aus dem Umfeld des Gerechtigkeitsbegriffs überhaupt.«; *H. Nagl-Docekal,* Die Kunst der Grenzziehung und die Familie (1995), S. 261: »Klischeebild des männlichen Haushaltsvorstands«; *H. Pauer-Studer,* Das Andere der Gerechtigkeit (1996), S. 20: »Auch um die moderne Theorie steht es nicht besser: Bis auf ganz wenige Ausnahmen haben die zeitgenössischen Moralphilosophen sich nicht gefragt, ob die von ihnen entwickelten Grundsätze, Thesen und Modelle Frauen als Moralsubjekte berücksichtigen.«; *S. Baer,* Würde oder Gleichheit? (1996), S. 163: »Frauen ... verschwinden hinter dem Schleier des Nichtwissens komplett und sie hatten nie Stimmen im Diskurs.«; *S. Hekman,* Truth and Method (1997), S. 341 (mit Bezug auf *Hartsock*): »[I]t is women's unique standpoint in society that provides the justification for the truth claims of feminism.«

358 Vgl. z.B. *M. Brumlik,* Gerechtigkeit zwischen Generationen (1995); *D.E. Lee,* Generations and the Challenge of Justice (1996), S. 54 ff. – zum Fehlen eines Alterkontinuums in den U.S.A. zwischen der 'World War II Generation' (1906-25, 8,4% in 1994), der 'Silent Generation' (1926-1945, 17%), der 'Baby-Boom-Generation' (1946-1965, 30,9%), der 'Generation X' (1966-1985, 28,4%) und der 'Twenty-First-Century Generation' (1986-, 14,8%). Diese getrennte Problemstellung gilt allgemein in der Moraltheorie; vgl. *D. Parfit,* Reasons and Persons (1984), S. 351 ff. – Zeitabhängigkeit moralischer Ansprüche als Sonderproblem.

359 Insbesondere für die internationale Gerechtigkeit: *T.W. Pogge,* Realizing Rawls (1989) – Erweiterung von *Rawls'* Gerechtigkeitstheorie auf den internationalen Maßstab. *Rawls* hat später einen eigenen Entwurf für die internationale Erweiterung seiner Theorie präsentiert: *J. Rawls,* Das Völkerrecht (1993), S. 53 ff. (59 ff.). Andere Beispiele: *D.W. Skubik,* Two Models for a Rawlsian Theory of International Law and Justice (1986), S. 231 ff.; *F. R. Tesón,* The Kantian Theory of International Law (1992), S. 53 ff.; *C. Chwaszcza,* Ethik der Internationalen Beziehungen (1996), S. 155 ff. m.w.N. Kritisch zur Verwendung von Gerechtigkeitstheorien als Legitimationsmaßstab internationalen Rechts *T.M. Franck,* The Power of Legitimacy Among Nations (1990), S. 208 ff. In der religiös-materialen Gerechtigkeitstheorie von *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 268 wurde 'Die gerechte Völkerordnung' hingegen von Anbeginn als integraler Bestandteil angesehen. Die von *Rawls* eingeführte Trennung von nationaler und internationaler Gerechtigkeit, die sich fast überall durchgesetzt hat, kann deshalb jedenfalls nicht als *zwingend* angesehen werden. Vgl. *O. O'Neill,* Gerechtigkeit, Geschlechterdifferenz und internationale Grenzen (1993), S. 425 – 'unliebsame Wahl' zwischen Gerechtigkeitsgrundsätzen mit kosmopolitischem Anspruch und einer Gerechtigkeit, die an den Staatsgrenzen halt macht.

360 *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 20: »We may think of these problems as questions of extension.«

zentrieren, ohne die weitergehenden Fragen, die ebenfalls zur politischen Gerechtigkeit gehören[361], begründet auszuschließen.

Die Erweiterbarkeitsthese ist nicht trivial. So hat *Walzer* mit Recht darauf hingewiesen, daß der Nationalstaat keine abgeschlossene Distributionswelt ist[362]. Wenn aber die Güterverteilung zwangsläufig territorialstaatliche Grenzen sprengt, dann muß auch eine Therorie über gerechte Güterverteilung den Rahmen einer politischen, d.h. heute immer noch primär staatlichen, Sozialordnung zugunsten einer internationalen Perspektive öffnen, wenn sie den Anspruch auf Vollständigkeit erheben will. Angesichts der Schwierigkeiten, die damit verbunden sind, überhaupt eine Theorie der Gerechtigkeit zu begründen, ist es bei aller Kritik verständlich, wenn zunächst durchweg von dem vereinfachten Modell *geschlechtsloser*, *gegenwärtig* lebender Menschen in einem *Nationalstaat* ausgegangen wird und die weiteren Probleme, insbesondere die in der feministischen Jurisprudenz betonte Ungerechtigkeit zwischen den Geschlechtern, vorerst aus dem Grundkanon der Theorie ausgeklammert bleiben. Doch bevor eine Gerechtigkeitstheorie, die zunächst nur für die Grundfragen der politischen Gerechtigkeit Ergebnisse gefundenen hat, auf die Gerechtigkeit zwischen Geschlechtern, Naturentitäten, Generationen, Nationen oder Völkern übertragen wird, muß die Kritik wieder in Erinnerung gerufen werden[363]. Es besteht immer die Gefahr, daß eine Theorie sich nicht verzerrungsfrei auf die Gerechtigkeit unter Geschlechtern, gegenüber der Natur oder zwischen den Generationen oder Nationen übertragen läßt. Schon *Rawls* hat zugestanden, daß eine Theorie dann unter Umständen revidiert werden muß[364]. Doch es könnte mehr als eine bloße Revision nötig werden. Je nachdem, auf welche Voraussetzungen sich eine Gerechtigkeitstheorie stützt, kann die implizite Erweiterbarkeitsthese insgesamt scheitern. Wenn etwa die feministische These zutreffen sollte, daß es eine spezifisch weibliche Form praktischer Vernunft gibt[365], dann wäre damit jede nichtfeministische Gerechtigkeitstheorie aus den Angeln gehoben.

Alle Einschränkungen zusammen definieren den Kreis der Gegenstände, die in den hier zu untersuchenden Gerechtigkeitstheorien behandelt werden. Es geht zunächst nur um *politische* Gerechtigkeit unter *aktuell lebenden* Menschen *ohne Unterscheidung des Geschlechts.* Fragen der Naturgerechtigkeit, Generationengerechtigkeit oder Geschlechtergerechtigkeit kann man demgegenüber als Erweiterungen von Gerechtigkeitstheorien verstehen.

---

361 Etwas anders *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 51 f., der zwar das Verhältnis der Staaten zueinander und das Verhältnis der Lebenden zu den künftigen Generationen in den Gerechtigkeitsbegriff einbezogen wissen will, wegen 'Asymmetrie' aber nicht das Verhältnis zu unzurechnungsfähigen Entitäten der Natur.

362 *M. Walzer,* Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 61.

363 Dazu unten S. 358 ff. (Fünfter Teil).

364 *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 20: »Other questions we can discuss later, and how we answer them may require us to revise answers already reached.«

365 So z.B. *A.M. Jaggar,* Toward a Feminist Conception of Moral Reasoning (1995), S. 115 ff. m.w.N. *Jaggar* vertritt die These, es gebe einen 'Feministischen Praktischen Dialog' (FPD), der die Diskurstheorie von *Habermas* aufgreift, um sie auf ein empirisch, begrifflich, moralisch und pragmatisch anderes Verständnis moralischer Begründung zu übertragen.

c) *Die Mindestgehaltsthese*

Letztlich bleiben fünf Themenkreise, die jede Theorie politischer Gerechtigkeit behandeln muß, um staatliche Ordnung umfassend zu würdigen. Man kann insoweit von einem substantiellen Mindestgehalt der politischen Gerechigkeitstheorien sprechen (*Mindestgehaltsthese*). Diese Mindestgehaltsthese wird im letzten Teil dieser Arbeit als Ausgangspunkt für die Grundzüge einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit wieder aufgegriffen[366]. Der 'Mindestgehalt' läßt sich schlagwortartig durch die Begriffe 'Begründungsmodell', 'Institutionalisierung', 'Menschenrechte', 'Demokratie' und 'Güterverteilung' bezeichnen[367].

Ein *Begründungsmodell* ist nötig, weil die Explikation von Gerechtigkeit in unterschiedlicher Weise auf eine Konzeption der allgemeinen praktischen Vernunft gestützt werden kann. Die *Institutionalisierung* betrifft die Frage, warum es gerecht ist, daß eine staatliche Zwangsordnung überhaupt besteht. Dabei geht es um die Verteidigung von Rechtspflichten gegenüber Konzepten des Anarchismus – ein Kernproblem der politischen Philosophie[368]. Für die Machtkontrolle innerhalb einer staatlichen Zwangsordnung ist sodann bedeutsam, ob und in welchem Umfang bestimmte *Menschenrechte* der Regelungskompetenz der Rechts- und Staatsordnung entzogen sein müssen. Mit der Thematisierung von *Demokratie* ist schlagwortartig die Frage gestellt, welchen Anteil die Betroffenen an der Entscheidung über staatliche Belange haben müssen. Und schließlich ist mit *Güterverteilung* die Frage der 'sozialen Gerechtigkeit' aufgeworfen, also einerseits der Mindestausstattung mit Gütern, die in einer Sozialordnung für alle gewährleistet sein muß, und andererseits der staatlichen Befugnisse und Pflichten, eine ausgleichende Umverteilung von Gütern zu bewirken.

Bei der Beantwortung dieser fünf Fragen kann sich eine Gerechtigkeitstheorie nicht darauf beschränken, einzelne staatliche Gemeinwesen zu untersuchen. Denn

---

366 Dazu unten S. 309 (Fünf Fragen politischer Gerechtigkeit).

367 Ähnlichkeit zu diesem Fragenkatalog haben die drei Stufen der Philosophie des Politischen bei *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 33 f. Auch *Höffe* kann insoweit als Vertreter einer Mindestgehaltsthese angesehen werden. Auch *F. Bydlinski,* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab (1996), S. 149 ff. hebt die Fragen der Freiheit (hier: Menschenrechte, Demokratie) und sozialen Gerechtigkeit (hier: Güterverteilung) als speziellere Gerechtigkeitsprobleme außergewöhnlicher Komplexität hervor.

368 Vgl. *V. Medina,* Social Contract Theories (1990), S. 135 ff. sowie S. 111: »In short, social contract theorists are addressing at least two major questions: Whom should we obey? And why?« Theorien der 'geordneten Anarchie' (z.B. *Buchanan,* dazu unten S. 177 – Ideal einer geordneten Anarchie) sind nicht dasselbe wie das reine anarchische Ideal einer völligen Herrschaftslosigkeit, die zur Absage an jede Staatlichkeit führen muß; vgl. dazu *M.A. Bakunin,* Staatlichkeit und Anarchie (1873), S. 278: »Wer Staat sagt, sagt notwendigerweise Unterdrückung und folglich Sklaverei; ein Staat ohne Sklaverei, offen oder verschleiert, ist undenkbar, deshalb sind wir Feinde des Staates.«; sowie ebd., S. 308: »Auf der pangermanischen Fahne steht geschrieben: *Erhaltung und Stärkung des Staates um jeden Preis;* auf der Fahne der sozialen Revolution, auf unserer Fahne, wird dagegen mit Buchstaben aus Feuer und Blut geschrieben stehen: *Zerstörung aller Staaten, Abschaffung der bürgerlichen Kultur, spontane Organisation von unten nach oben mit Hilfe freier Assoziationen befreiter Arbeitermassen und der gesamten Menschheit und Gründung einer neuen menschlichen Gesellschaft.*« (Hervorhebung bei *Bakunin*). Ähnlich entschlossen *P.J. Proudhon,* Philosophie der Staatsökonomie (1846), Bd. 2, S. 213: »Das Eigenthum ist eine Einrichtung der Gerechtigkeit, und das Eigenthum *ist der Diebstahl.*« (Hervorhebung bei *Proudhon*).

dadurch würde die Theorie zeitlich-räumlich so kontingent, daß sie die Aufgabe der Begründung von Gerechtigkeit nicht mehr sinnvoll erfüllen könnte. Der Mindestgehalt der Gerechtigkeitstheorien, die hier untersucht werden sollen, besteht also darin, Antworten auf die fünf Fragen zu bieten, die zeitlich und räumlich *nicht kontingent* und in diesem Sinne *universell* sind. Auch in den abschließend vorzustellenden Grundzügen einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit wird auf diese fünf Themenkreise der Mindestgehaltsthese zurückzukommen sein[369].

IV. Ergebnisse

Unter den Gerechtigkeitstheorien sind diejenigen besonders bedeutsam, die sich mit politischer Gerechtigkeit befassen (*Schwerpunktthese*). Sie werden gemeinhin nach dem Darstellungsmittel klassifiziert (Vertrag, Beobachter, Diskurs). Eine solche Einteilung ist allein wenig aussagekräftig, weil praktisch jeder Inhalt im Gewand einer Vertragstheorie präsentiert werden kann (*Indifferenzeinwand*). Dagegen vermag die Klassifizierung nach Grundpositionen der politischen Philosophie die unterschiedlichen Konzeptionen der praktischen Vernunft, die von den Gerechtigkeitstheorien jeweils verfolgt werden, besser zu betonen. Sowohl die Formen des Vernunftgebrauchs (pragmatisch, ethisch, moralisch) als auch die in den Theorien verwendeten Darstellungsmittel (Vertrag, Beobachter, Diskurs) sind demgegenüber untergeordnete Unterscheidungskriterien.

Trotz des sehr unterschiedlichen Anwendungsbereichs, den Theorien der politischen Gerechtigkeit behandeln (Mikro-, Meso-, Makrotheorien), bleiben sie vergleichbar (*Skalierbarkeitsthese*). Eine *vollständige* Theorie der politischen Gerechtigkeit muß mindestens die fünf Themenkreise 'Begründungsmodell', 'Institutionalisierung', 'Menschenrechte', 'Demokratie' und 'Güterverteilung' behandeln (*Mindestgehaltsthese*). Als besondere, nicht zum Mindestkanon gehörige Themenkreise können die Gerechtigkeit gegenüber der Natur, in der Völkergemeinschaft, gegenüber zukünftigen Generationen und unter den Geschlechtern gelten. In der Regel läßt sich eine unvollständige Theorie ohne Argumentationsbruch vervollständigen (*Ergänzbarkeitsthese*) und verliert ihre Gültigkeit nicht dadurch, daß sie nachträglich auf die besonderen Themenkreise ausgedehnt wird (*Erweiterbarkeitsthese*).

C. Prozedurale Gerechtigkeit

Das Besondere an *prozeduralen* Theorien der Gerechtigkeit ist, daß sie sich wesentlich auf ein *Verfahren* stützen, um Gerechtigkeit zu begründen[370]. Damit setzen sie voraus, daß überhaupt Gerechtigkeit mit der Einhaltung von Verfahrensregeln begründet werden kann. Eine solche Konzeption der durch Verfahren begründbaren Gerechtigkeit wird allgemein 'prozedurale Gerechtigkeit' (*procedural justice*) – in manchen Aspekten auch 'natürliche Gerechtigkeit' (*natural justice*)[371] – genannt. Sie fun-

---

369 Dazu unten S. 309 ff. (Fünf Fragen politischer Gerechtigkeitstheorien).

370 Dazu im einzelnen unten S. 132 ff. (prozedurale Gerechtigkeitstheorien).

371 So bei dem von *R.S. Summers* und *J.R. Lucas* entwickelten Katalog von Entscheidungsregeln der natürlichen Gerechtigkeit; *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 130: »The rules of Natural Ju-

giert in normativen Gerechtigkeitstheorien in verschiedenen Formen, deren genaue Unterscheidung für die Untersuchung der Theorien wichtig ist. Nach einer allgemeinen Definition der prozeduralen Gerechtigkeit (I) und des eng mit ihr verbundenen Fairneßbegriffs (II) sind darum vorerst die vier Erscheinungsformen (III) und ihre Funktion in Gerechtigkeitstheorien zu klären (IV), bevor auf diesem Fundament über Begriff und Klassifizierung von prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit gesprochen werden kann.

I. *Eine Definition der prozeduralen Gerechtigkeit (D_M D_3)*

Eine alle Einzelformen umfassende Definition des Begriffs der prozeduralen Gerechtigkeit kann in Abgrenzung zum Begriff der materialen (substantiellen) Gerechtigkeit vorgenommen werden:

> D_M: Materiale (substantielle) Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit eines Ergebnisses (Ergebnisgerechtigkeit).[372]

> D_3: Prozedurale Gerechtigkeit ist diejenige Förderung der Ergebnisgerechtigkeit, die durch Verfahren erreicht wird (Verfahrensgerechtigkeit).[373]

Die Definition ist mit dem Kriterium der 'Förderung' bewußt schwach gewählt, damit alle Formen der Verfahrensgerechtigkeit mit ihren gemeinsamen Elementen erfaßt werden. Vor einer Erörterung dieser Formen ist darauf hinzuweisen, daß es neben einer objektiven auch eine subjektive prozedurale Gerechtigkeit gibt, die vor allem in Studien der Rechtssoziologie und Sozialpsychologie untersucht wird[374]. Während die Qualifikation als 'objektiv' die Eignung einer Prozedur bezeichnet, *normati-*

---

stice are general rules of procedure designed to prevent certain sorts of injustice, particularly in individual cases. They have been formulated with legal adjudications in view rather than any other sort of political dispute, but they should not be restricted to disputes that are decided by the courts of law. The rules of Natural Justice require that no man shall be judge in his own cause; that the judge shall hear both sides of the case; that the judge shall give full consideration to the case; that the judge shall exclude all irrelevant considerations from his mind while reaching a decision; that like cases shall be decided alike; that cases once settled shall not be reopened, though, according to some authorities, there should be some right of appeal; that not only shall justice be done but that it shall be seen to be done; that the judgement shall include not only the bare decision, but the reasons which led to it.« Zum anglo-amerikanischen Sprachgebrauch vgl. *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 156: »[T]he procedural standards such as *'audi alteram partem'* 'let no one be a judge in his own cause' are thought of as requirements of justice, and in England and America are often referred to as principles of Natural Justice.« (Hervorhebung bei *Hart*).

372 Die englischsprachige Literatur benutzt die Termini *'material justice'* und *'substantive justice'*.

373 Die englischsprachige Literatur benutzt statt *'proedural justice'* gelegentlich auch einfach *'fairness'*, wobei allerdings hier *'fairness at large'* gemeint ist, nicht hingegen bloße Regeleinhaltung (*'procedural fairness'*). Dazu unten S. 121 (Begriff der Fairneß).

374 *K.F. Röhl,* Procedural Justice (1997), S. 3 ff.; *H.W. Bierhoff,* Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit (1996), S. 1 ff.

ven Standards der Gerechtigkeit zu genügen[375], ist 'subjektiv' die Eignung einer Prozedur, *nach Meinung der Beteiligten* gerechte Ergebnisse hervorzubringen. Subjektive prozedurale Gerechtigkeit ist maßgeblich durch Verfahrenserwartungen bestimmt[376]. Zahlreiche Faktoren beeinflussen solche Erwartungen und werden in der empirischen Gerechtigkeitsforschung untersucht – beispielsweise die Verfahrenskontrolle durch die Beteiligten (*process control*), die Ergebniskontrolle (*decision control*), gute Behandlung (*dignity factors*), allgemeine Beteiligung (*voice*), Unvoreingenommenheit (*impartiality factors*), Gleichbehandlung (*equality factor*), Ergebniserwartungen (*entitlement*) oder Hoffnungen auf einen guten Ausgang (*relative outcome*)[377]. Es ist möglich, daß subjektive Verfahrenserwartungen und objektive Verfahrenseignung in einen Zielkonflikt geraten, wenn etwa dem Richter mehr Spielraum eingeräumt wird, um im Einzelfall eine gerechtere Entscheidung möglich zu machen, diese Flexibilität aber aus Sicht der Beteiligten die 'Würde des Verfahrens' mindert[378].

Subjektive prozedurale Gerechtigkeit hat Überzeugungsfunktion, umfaßt also alle prozeduralen Elemente, die geeignet sind, eine Akzeptanz der Entscheidung bei den Beteiligten tatsächlich herbeizuführen[379]. Dabei kann es sich auch um bloß symbolische Elemente handeln, etwa die Gestaltung des Gerichtsraums, das Tragen einer Robe oder die erhöhte Position des Richters sowie formale Abläufe des einzelnen Prozesses oder ganz allgemein die juristische Sprache[380]. Wenn etwa die Parteien eines Zivilstreits auch deshalb von der Gerechtigkeit des Prozeßergebnisses überzeugt sind, weil die Würde des Gerichts durch eine erhöhte Sitzposition unterstrichen wird, dann genügt diese Überzeugungswirkung, um das Podest als Verfahrenselement einer subjektiven prozeduralen Gerechtigkeit anzusehen, selbst wenn *objektive* Auswirkungen auf das Prozeßergebnis nicht nachweisbar sind. Zwar sind Verfahrenselemente, die subjektiv vertrauensbildend wirken, meist auch objektiv einer richtigen Entscheidung dienlich (z.B. der Anspruch *beider* Parteien auf rechtliches Gehör – *audiatur et altera pars*). Doch ist dieser Zusammenhang nicht zwingend. Deshalb bleibt die subjektive prozedurale Gerechtigkeit in den hier interessierenden normativen Gerechtigkeitstheorien regelmäßig ausgeklammert. Subjektive prozedurale Gerechtigkeit wird – genau wie Gerechtigkeitssinn, Gerechtigkeitsgefühle, Empathie und Intuition – im Rahmen dieser Arbeit nur am Rande eine Rolle spielen[381]. Im

---

375 *E. A. Lind/T. R. Tyler,* The Social Psychology of Procedural Justice, S. 3.

376 *K.F. Röhl,* Procedural Justice (1997), S. 4.

377 Zu den Faktoren und ihrer empirischen Untersuchung im Geltungsbereich der deutschen Zivilprozeßordnung siehe *C. Rennig,* Subjective Procedural Justice and Civil Procedure (1997), S. 207 ff. (218 ff.); allgemein *H.W. Bierhoff,* Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit (1996), S. 8 f.

378 Zu diesem Beispiel *C. Rennig,* Subjective Procedural Justice and Civil Procedure (1997), S. 218 f.

379 Im englischen Sprachgebrauch wird diese tatsächliche Akzeptanz üblicherweise als Legitimität (*legitimacy*) bezeichnet und von der praktischen Begründbarkeit im Sinne einer vernünftigen Rechtfertigung (Legitimation, *legitimation*) unterschieden.

380 Zu Verhaltenskonsistenz, Vertrauen und Würde als Faktoren, die zur subjektiven prozeduralen Gerechtigkeit beitragen siehe *C. Rennig,* Subjective Procedural Justice and Civil Procedure (1997), S. 221 f. m.w.N.

381 Relevanz für normative Gerechtigkeitstheorien kann etwa dort bestehen, wo die Theorien auf intuitive Gerechtigkeitsurteile als Begründungselement zurückgreifen. Vgl. etwa zum Überlegungsgleichgewicht bei *Rawls* unten S. 284 ff. (kantische Sozialvertragstheorien).

folgenden ist mit prozeduraler Gerechtigkeit nur die *objektive* prozedurale Gerechtigkeit gemeint.

II. Der Begriff der Fairneß (D_3' D_F)

Es gibt drei konstitutive Elemente der prozeduralen Gerechtigkeit: *Erstens* müssen die Anwendungsbedingungen des Verfahrens vorliegen, also alle sogenannten Hintergrundbedingungen, die eine Anwendbarkeit des Verfahrens überhaupt erst ermöglichen (*background circumstances*)[382]. *Zweitens* müssen die Verfahrensregeln korrekt eingehalten werden, wozu ihre richtige Interpretation gehört (*procedural fairness*)[383]. *Drittens* schließlich muß – und dies ist das anspruchsvollste Element – das Verfahren selbst als gerechtigkeitsfördernd begründet sein (*fairness as such, fairness of the procedure*). Erst die gemeinsame Implementation aller drei Elemente (Hintergrundbedingungen, Regeleinhaltung, Verfahrensbegründung) bewirkt prozedurale Gerechtigkeit. Die Definition der prozeduralen Gerechtigkeit in D_3 muß also genauer wie folgt verstanden werden:

> D_3': Prozedurale Gerechtigkeit ist diejenige Förderung der Ergebnisgerechtigkeit, die unter den Anwendungsbedingungen eines als gerechtigkeitsfördernd begründeten Verfahrens durch die korrekte Einhaltung der Verfahrensregeln erreicht wird.

Die Elemente werden häufig als *Fairneßelemente* von Verfahren bezeichnet, d.h. als Hintergrundfairneß (*background fairness*), Anwendungsfairneß (*procedural fairness*) und Prozedurfairneß (*fairness of the procedure*). Der Begriff der Fairneß wird damit zum Schlüsselbegriff der prozeduralen Gerechtigkeit. Angesichts der schillernden Vielfalt der Wortbedeutungen[384] kann nur eine weite Begriffsbestimmung alle Gehalte adäquat einfangen:

---

382 *B. Barry,* Political Argument (1965), S. 98 f.: »*Background Fairness* [asks] whether the background conditions are satisfactory. ... Procedural fairness rules out one boxer having a piece of lead inside his gloves, but background fairness would also rule out any undue disparity in the weight of the boxers«.

383 *B. Barry,* Political Argument (1965), S. 97: »*Procedural Fairness.* To say that a procedure is being fairly operated is to say that the formalities which define the procedure have been correctly adhered to.« Gelegentlich wird in dieser Richtung aus sozialpsychologischer Sicht außerdem 'interaktionale Fairneß' gefordert: *H.W. Bierhoff,* Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit (1996), S. 1 – Wenn man die *Prozedur* als abstrakt-generelle Verfahrensklasse (z.B. das Verfahren nach der Strafprozeßordnung) von ihrer Implementation in der konkret-individuellen *Interaktion* (z.B. einem Strafprozeß) unterscheidet, so ergibt sich die Sequenz 'Prozedur – Interaktion – Ergebnis', bei dem die interaktionale Fairneß in der psychologisch besten Umsetzung prozeduraler Fairneß liegt, etwa durch Höflichkeit und Ungezwungenheit.

384 Zu den verschiedenen Fairneßbegriffen aus sozialpsychologischer Sicht etwa *H.W. Bierhoff,* Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit (1996), S. 1 ff.; aus rechtsdogmatischer Sicht *P.J. Tettinger,* Fairneß und Waffengleichheit (1984), S. 2 ff.; *ders.,* Fairness als Rechtsbegriff (1997), S. 578 ff. m.w.N.; außerdem *J. Berkemann,* Fairneß als Rechtsprinzip (1989), S. 223 ff.; *D. Steiner,* Das Fairneßprinzip im Strafprozeß (1995), S. 31 ff.

D_F: Fairneß ist der Inbegriff der Verfahrens*richtigkeit* bei solchen Prozeduren und ihrer Durchführung (Prozeß), die selbst *richtigkeitsorientiert* sind.

Die Fairneß in D_F ist verfahrensbezogen und dadurch immer *inhaltsunabhängig.* Im Sinne dieser Inhaltsunabhängigkeit können beispielsweise politische Parteien im Wahlkampf 'Fairneßabkommen' schließen, ohne der inhaltlichen Auseinandersetzung ihre Schärfe zu nehmen[385]. Dieser verfahrensbezogene Fairneßbegriff der politischen Philosophie ist *nicht* identisch mit dem Fairneßbegriff der englischen Umgangssprache, denn dort steht 'Fairneß' außerdem noch für die Richtigkeit eines Ergebnisses[386]. In D_F ist 'Fairneß' hingegen ein Platzhalter für alle Einzelgebote des Verfahrens[387]. Daß sie dabei vor allem strikte Einhaltung aller festgelegten Regeln verlangt, ist nur einer ihrer Gehalte (Anwendungsfairneß)[388]. Als Inbegriff der Verfahrensrichtigkeit fungiert 'Fairneß' als »programmatisches Optimierungsgebot« von Verfahren[389].

Prozeduren und Prozesse müssen selbst *richtigkeitsorientiert* sein, um sinnvoll von Fairneß sprechen zu können[390]. Der Massenmörder mag beim Genozid nach einem noch so ausgeklügelten Verfahren töten – *Fairneß* kann er dabei nicht erzeugen, weil er das Verfahren nur aus Effizienz, Gewohnheit oder anderen Gründen einhält, es ihm aber jedenfalls nicht darum geht, damit die Richtigkeit des Ergebnisses zu begründen. Solche Verfahren sind nicht richtigkeitsorientiert. Wird das gleiche Ergebnis (der Tod eines Menschen) hingegen als Vollstreckung eines Todesurteils nach einem gerichtlichen Prozeß bewirkt, dann soll die Durchführung des Verfahrens einen Beitrag zur Begründung des Ergebnisses leisten: Das Verfahren ist richtigkeitsorientiert und man kann sinnvoll von Fairneß sprechen.

---

385 Zur weitgehenden Inhaltsunabhängigkeit und Verfahrensorientierung solcher Fairneßabkommen vgl. *R. Stark,* Ehrenschutz in Deutschland (1996), S. 215 ff. (215): »Kernstück des Abkommens war hier die Schaffung einer gemeinsamen Schiedsstelle zur Überwachung der getroffenen Vereinbarungen. ... Die Entscheidungen der Schiedsstelle waren unverzüglich von den Pressediensten der betroffenen Parteien zu veröffentlichen.«

386 *Webster's Third New International Dictionary* (1986): »*fair: ... 7a:* characterized by honesty and justice: free from fraud, injustice, prejudice, or favoritism ... *syn* ... or implies a quality or result in an action ... <a *fair* distribution of profits>« (Hervorhebungen im Original). Die Umgangssprache beurteilt als 'fair', ähnlich wie beim umgangssprachlichen Prädikat 'gerecht', selbst solche Ergebnisse, die nicht auf ein Handeln von Menschen zurückzuführen sind – beispielsweise Schicksalsschläge und Naturkatastrophen.

387 Exemplarisch aus der Verfassungsjudikatur in Deutschland: BVerfGE 49, 220 (225) – wirksamer Rechtsschutz; 57, 250 (290) – bestes Beweismittel; 65, 171 (174 ff.) – Anwesenheit des Rechtsbeistands; 70, 297 (308) – umfassende Sachaufklärung; BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) NJW 1996, S. 1811 f. – Versäumnis des Gerichts. Zur Analyse und weiteren Beispielen siehe *P.J. Tettinger,* Fairness als Rechtsbegriff (1997), S. 580 ff.

388 Im Sportrecht nennt man sie das formelle Element der Fairneß; *P.J. Tettinger,* Fairness als Rechtsbegriff (1997), S. 591 m.w.N.

389 *P.J. Tettinger,* Fairness als Rechtsbegriff (1997), S. 594 f.

390 Zum Verhältnis von Richtigkeit und Gerechtigkeit vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 242: »Ein Sonderfall des Anspruchs auf Richtigkeit ist der Anspruch auf Gerechtigkeit.«

Damit ist deutlich, warum *'Fairneß'* als Ausdruck eines der Gebote der Gerechtigkeit anzusehen[391] und *mit 'prozeduraler Gerechtigkeit' synonym* zu verwenden ist[392]: Denn wenn Gerechtigkeit in D_1 die Richtigkeit von sozial- und gleichheitsbezogenem Handeln bedeutet und Fairneß in D_F gerade derjenige 'Richtigkeitsanteil' eines Handelns ist, der inhaltsunabhängig im Verfahren gewonnen werden kann, dann wird bei der prozeduralen Gerechtigkeit in D_3 die Förderung von Ergebnisgerechtigkeit durch Verfahren genau mit demjenigen 'Richtigkeitsanteil' bewirkt, den der Begriff der Fairneß bezeichnet:

> D_F': Fairneß ist genau das, was in der prozeduralen Gerechtigkeit die Förderung der Richtigkeit des Ergebnisses ausmacht.

Zum Verständnis von Fairneß und prozeduraler Gerechtigkeit ist es wichtig, die Abgrenzung zwischen den drei Fairneßelementen deutlich zu machen. Als einfache Illustration kann das Beispiel eines Tennisspiels dienen. *Substantielle Gerechtigkeit* (Ergebnisgerechtigkeit) ist dann verwirklicht, wenn der bessere Spieler gewinnt. Zu den *Anwendungsbedingungen*, unter denen das Spiel als Verfahren den Sieg des besseren Spielers befördern kann, gehört unter anderem, daß beide Spieler tatsächlich gewinnen wollen und jeweils mit ihrer bevorzugten Ausrüstung spielen dürfen (Hintergrundfairneß, *background fairness*). Ferner ist *Regeleinhaltung* gefordert, die Spieler dürfen beispielsweise nicht von einem Ball, der die Linie trifft, behaupten, daß er ins Aus ging; günstigstenfalls wird ein unparteiischer Schiedsrichter die Regeleinhaltung besorgen (Anwendungsfairneß, *procedural fairness*). Zur *Verfahrensbegründung* gehört, daß die Spielregeln selbst in einer Weise gestaltet sind, die das Spiel zur Ermittlung des besseren Spielers förderlich erscheinen lassen. So ist beispielsweise ein gelegentlicher Seitenwechsel vorzusehen, weil sonst die Gefahr besteht, daß der bessere Spieler verliert, nur weil er gegen die Sonne spielen mußte (Prozedurfairneß, *fairness of the procedure*). Sind die Spielregeln in diesem Sinne 'fair', ist außerdem das Verhalten der Spieler 'fair' und findet das Spiel unter 'fairen' Voraussetzungen statt, so kann man als Folgerung aus diesen *Fairneßelementen* mindestens die Aussage treffen, daß das Spiel zur Ermittlung des besseren Spielers 'förderlich' ist. Die Durchführung des Spiels führt folglich zu prozeduraler Gerechtigkeit im Sinne von D_3.

Das Beispiel vermag aber noch mehr zu zeigen, als die bloße Illustration der Fairneßelemente. Es läßt sich daran entwickeln, wie man *relative* Aussagen über prozedurale Gerechtigkeit treffen kann, wo es an einer *absoluten* Meßbarkeit fehlt. Denn es ist ohne weiteres einsichtig, daß in dem Beispiel die Einführung eines unparteiischen

---

[391] Instruktiv aus der Verfassungsjudikatur in Deutschland: BVerfGE 70, 297 (308): »[F]aires, rechtsstaatliches Verfahren ... folgt letztlich aus der Idee der Gerechtigkeit«.

[392] Vgl. *J. Berkemann,* Fairneß als Rechtsprinzip (1989), S. 226 ff. – Fairneß als Inbegriff der prozeduralen Verfahrensgerechtigkeit in der Rechtsdogmatik. Gelegentlich wird Fairneß sogar als Inbegriff der Gerechtigkeit im Recht angesehen; *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 154: »The distinctive features of justice and their special connexion with law begin to emerge if it is observed that most of the criticism made in terms of just and unjust could equally well be conveyed by the words 'fair' and 'unfair'.« Diese Konzentration auf prozedurale Gerechtigkeit erklärt sich bei *Hart* aus seiner rechtspositivistischen Grundhaltung.

Tennisschiedsrichters zu einer weitergehenden prozeduralen Gerechtigkeit führen muß. Der unparteiische Schiedsrichter kann besser als die parteiischen Spieler für die Regeleinhaltung sorgen und Entscheidungen über die Anwendungsbedingungen (Wind, Regen, Material) treffen. Ein Spiel *mit* Schiedsrichter wird darum in aller Regel den besseren Spieler sicherer ermitteln als ein solches *ohne* Schiedsrichter. Mit anderen Worten: Tennisspiele mit Schiedsrichter sind prozedural gerechter als solche ohne Schiedsrichter. Diese relative Aussage können wir treffen, auch ohne etwas über die absolute Eignung des Tennisspiels zur Ermittlung der besseren Spielerin zu wissen. Dabei wird auch deutlich, daß prozedurale Gerechtigkeit im Gegensatz zur Ergebnisgerechtigkeit *graduell* bestehen kann; ein Verfahren kann mehr oder weniger förderlich für die Erreichung eines gerechten Ergebnisses sein[393].

Das Beispiel geht über eine bloße Illustration der Fairneßelemente auch insoweit hinaus, als das Tennisspiel mehr als nur 'förderlich' zur Ermittlung der besseren Spielerin ist. Die Durchführung eines Spiels ist die *einzige* Möglichkeit zu ermitteln, welcher Spieler besser ist. Es gibt keinen allwissenden, objektiven Beobachter, der diese Frage entscheiden könnte. Selbst wenn es ihn gäbe, würden ihm spielunabhängige Kriterien für die Beurteilung der relativen Spielerqualität in einem festgelegten Zeitpunkt fehlen, denn es geht ja gerade um das Bessersein zu einem bestimmten Zeitpunkt, mit anderen Worten: bei einem *bestimmten* Spiel. Mangels verfahrensunabhängiger Kriterien bleibt also nur die Durchführung des Spiels als Kriterium dafür, wer der besser Spieler ist. Dies ist ein besonderer Zusammenhang zwischen Ergebnis- und Verfahrensgerechtigkeit, der nicht bei allen, aber doch bei dem wichtigen Gerechtigkeitsverfahren der *reinen* prozeduralen Gerechtigkeit besteht[394]. Damit stellt sich die allgemeine und sogleich zu behandelnde Frage, welche Formen prozeduraler Gerechtigkeit nach den besonderen Eigenschaften einzelner Verfahren unterschieden werden können.

III. Vier Formen prozeduraler Gerechtigkeit (Enumerationsthese)

Es können vier Formen innerhalb der objektiven prozeduralen Gerechtigkeit unterschieden und in ihrer Bedeutung für Gerechtigkeitstheorien bewertet werden. Die Abgrenzung orientiert sich dabei mit Ausnahme zweier Details an der von *Rawls* vorgeschlagenen, wie sie inzwischen allgemein gebräuchlich ist[395]. *Rawls* unterschei-

---

[393] Zur Eigenschaft der *Nichtgradualität* der Ergebnisgerechtigkeit nach D_1 siehe oben S. 52 ff. (Sollensbezug und 'binär kodierte' Gerechtigkeit). Im *Gegensatz* zum Gerechtigkeitsprädikat kann dasjenige der prozeduralen Gerechtigkeit *graduell* verwirklicht werden, denn die Förderung mag, wie das Beispiel zeigt, mehr oder weniger intensiv ausfallen. Das heißt in der Fairneßterminologie: Ein Ergebnis kann nur ganz oder gar nicht 'gerecht' sein; das Verfahren, das zur Ermittlung des Ergebnisses geführt hat, kann hingegen mehr oder weniger 'fair' sein. Entsprechend können prozedurale Gerechtigkeitstheorien einerseits *absolute* Aussagen über die Gerechtigkeit von Ergebnissen treffen und andererseits *relative* Aussagen darüber, welche Verfahrensbedingungen gerechtigkeitsförderlich sind; vgl. unten S. 221 (idealer Diskurs als regulative Idee); S. 317 ff. (Begründung von Menschenrechten und Demokratie).

[394] Dazu sogleich S. 127 (reine prozedurale Gerechtigkeit).

[395] Selbst in der Rechtsdogmatik; vgl. etwa *C.-W. Canaris,* Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1993), S. 58 f. m.w.N.

det grundlegend zwischen vollkommener, unvollkommener, reiner und quasi-reiner prozeduraler Gerechtigkeit[396].

Die objektive prozedurale Gerechtigkeit wird *abschließend* in diesen vier Formen erfaßt (Enumerationsthese). Das folgt (analytisch) daraus, daß sich die vier Formen jeweils aus dem Vorliegen oder Nichtvorliegen zweier Kriterien ergeben. Das erste Kriterium ist die *Definitionswirkung*, die einer Form der prozeduralen Gerechtigkeit für die Gerechtigkeit des Ergebnisses zukommen kann. Das zweite Kriterium ist die *Vollkommenheit* (d.h. Ausnahmslosigkeit) des Verfahrens bei der Hervorbringung eines gerechten Ergebnisses. Daraus ergibt sich folgende Aufteilung der Formen:

	Keine Definitionswirkung (dienende Verfahrensgerechtigkeit)	Definitionswirkung (definitorische Verfahrensgerechtigkeit)
Vollkommenheit	Vollkommene prozedurale Gerechtigkeit (D_{3a})	Reine prozedurale Gerechtigkeit (D_{3c})
Unvollkommenheit	Unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit (D_{3b})	Quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit (D_{3d})

1. *Formen der dienenden Verfahrensgerechtigkeit*

Die beiden Formen, denen keine Definitionswirkung zukommt, können gemeinsam als dienende Verfahrensgerechtigkeit bezeichnet werden, weil sie nur als Mittel zur Erreichung eines Ergebnisses benutzt werden, das unabhängig vom Verfahren als gerecht begründet ist.

a) *Vollkommene prozedurale Gerechtigkeit (D_{3a})*

> D_{3a}: Vollkommene prozedurale Gerechtigkeit (*perfect procedural justice*) ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren mit Sicherheit eine angemessene Annäherung an ein verfahrensunabhängig als gerecht begründetes Ergebnis bewirkt.

Ein Beispiel für vollkommene prozedurale Gerechtigkeit ist die Aufteilung einer Torte, bei der die Person, die schneidet, das letzte Stück erhält. Geht man davon aus,

[396] *J. Rawls*, Theory of Justice (1971), § 14, S. 85 ff.; § 32, S. 201 – 'perfect', 'imperfect', 'pure' und 'quasi-pure procedural justice'. Allgemein zu den Formen: ebd., § 14, S. 85 ff.; § 32, S. 201; § 54, S. 361 f. Speziell zur *vollkommenen* prozeduralen Gerechtigkeit: ebd., § 14, S. 85 f.; § 54, S. 359 f.; vgl. *J. Berkemann*, Fairneß als Rechtsprinzip (1989), S. 226 ff. – zustimmend aus rechtsdogmatischer Sicht. Speziell zur *quasi-reinen* prozeduralen Gerechtigkeit *J. Rawls*, Theory of Justice (1971), § 14, S. 85 ff.; § 32, S. 201; § 54, S. 361 f.

daß die Ergebnisgerechtigkeit in genau gleich großen Stücken besteht, so wird das Verfahren die Ergebnisgerechtigkeit im Sinne der allgemeinen Definition 'fördern', indem es mit Sicherheit eine angemesse Annäherung an die bezweckten gleich großen Stücke bewirkt[397]. Denn die mit dem Schneiden beauftragte Person wird, weil sie bei der Verteilung erst nach der Auswahl durch die anderen zum Zuge kommt, aus ihrem Eigeninteresse an einem möglichst großen Anteil bestrebt sein, ihr nach den Umständen Bestes zu tun, um gleich große Stücke zu erzeugen (Verfahrensbegründung). Das funktioniert indes nur, wenn sie tatsächlich ein Interesse an einem möglichst großen Tortenstück hat (Anwendungsbedingung) und am konzentrierten Arbeiten nicht durch Ablenkung gehindert wird (Regeleinhaltung).

An dem Beispiel zeigt sich ein Charakteristikum der vollkommenen prozeduralen Gerechtigkeit. Schon bevor die Torte angeschnitten ist, steht fest, worin die Ergebnisgerechtigkeit zu sehen ist: in etwa gleich großen Stücken. Es gibt also ein Kriterium außerhalb des Verfahrens, meist ein Verteilungskriterium, an dem die Ergebnisgerechtigkeit gemessen wird[398]. Das unterscheidet vollkommene (und auch unvollkommene) prozedurale Gerechtigkeit von der reinen und quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit, bei denen verfahrensexterne Kriterien fehlen, so daß eine Definitionswirkung für die Gerechtigkeit des Ergebnisses eintritt.

b) *Unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit (D_{3b})*

> D_{3b}: Unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit (*imperfect procedural justice*) ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren nicht mit Sicherheit eine angemessene Annäherung an ein verfahrensunabhängig als gerecht begründetes Ergebnis bewirkt.

Eine Zusammenschau von D_3 und D_{3b} ergibt, daß das Verfahren die Bewirkung eines gerechten Ergebnisses zumindest *fördern* muß, andererseits die bloße Einhaltung der Verfahrensregeln nicht immer ein akzeptables Ergebnis bewirkt. Das Verfahren macht ein gerechtes Ergebnis *wahrscheinlicher*. Als Beispiel kann hier das Rechtsver-

---

397 Die 'angemessene Annäherung' ist nicht Teil der von *Rawls* verwendeten Definition. Vgl. *Rawls*, Theory of Justice (1971), § 14, S. 85: »[I]t is possible to devise a procedure that is *sure* to give the desired outcome.« (Hervorhebung hinzugefügt, *A.T.*) Die Definition von *Rawls* ist indes so nicht geeignet, den von *Rawls* selbst gewählten Beispielfall der Tortenaufteilung sachgerecht zu charakterisieren. Denn keine Hand schneidet so sicher, daß wirklich *genau* gleiche Stücke entstehen. Diese Ungenauigkeit ist aber unschädlich, denn eine für diesen Fall *angemessene* Annäherung an das gerechte Ergebnis der exakten Gleichverteilung liegt schon dann vor, wenn so genau wie nach den Umständen möglich geteilt wird. Diese leichte Korrektur an *Rawls'* Begriffsbestimmung ändert an der Bedeutung dieser Form prozeduraler Gerechtigkeit nichts.

398 Zu diesem Charakteristikum *J. Rawls*, Theory of Justice (1971), § 14, S. 85; im begrifflichen Ansatz übereinstimmend *C.-W. Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1993), S. 58 ff.; *U. Neumann*, Zur Interpretation des forensischen Diskurses (1996), S. 423.

fahren nach den Regeln des Strafprozeßrechts dienen[399]. Die Verfahrensregeln sind generell geeignet, ein gerechtes Ergebnis zu fördern, indem sie in den meisten Fällen nur bei denjenigen zur Verurteilung führen, die tatsächlich einer Straftat schuldig sind (Verfahrensbegründung). Aber selbst wenn der Richter kein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat (Anwendungsbedingung) und alle Rechtsvorschriften beachtet (Regeleinhaltung) ist nie ganz ausgeschlossen, daß es doch zu einem Fehlurteil kommen kann. Wird ein Unschuldiger verurteilt, so ist dies auch nicht als eine 'angemessene Annäherung' an die Ergebnisgerechtigkeit aus Gründen der Prozeßökonomie hinnehmbar[400]. Folglich 'fördert' das Strafverfahren die Ergebnisgerechtigkeit, bleibt aber dabei stets unvollkommen.

2. *Formen der definitorischen Verfahrensgerechtigkeit*

Die beiden Formen, denen eine Definitionswirkung zukommt, können gemeinsam als definitorische Verfahrensgerechtigkeit bezeichnet werden. Bei ihnen gibt es keine verfahrensunabhängigen Kriterien, mit denen ein Ergebnis als gerecht begründet werden könnte[401]. Die Begründung liegt im Verfahren selbst.

a) *Reine prozedurale Gerechtigkeit (D_{3c})*

> D_{3c}: Reine prozedurale Gerechtigkeit (*pure procedural justice*) ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren mit Sicherheit ein gerechtes Ergebnis bewirkt, wobei es kein verfahrensunabhängiges Kriterium für die Beurteilung der Ergebnisgerechtigkeit gibt (Definitionswirkung).

Mit *Rawls* kann man sagen, daß die Umstände das Verfahren als gerecht definieren (Verfahrensbegründung)[402]. Das erwähnte Tennisspiel bietet hierfür ein Beispiel[403]. Die Durchführung des Spiels bildet die einzige Möglichkeit zu begründen, warum eine Spielerin besser ist als die andere. Entsprechende Beispiele finden sich bei allen

---

399 Ebenso im Ergebnis *U. Neumann,* Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren (1989), S. 52 ff. (70) – Mit der Annahme reiner prozeduraler Gerechtigkeit würden »die Möglichkeiten einer Rechtfertigung des Urteils durch Verfahren überzogen.«

400 Vgl. aus der deutschen Strafprozeßrechtsliteratur *U. Neumann,* Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren (1989), S. 53: »Das Prozeßziel der auf Wahrheit beruhenden gerechten Entscheidung führt zu einer klaren Dominanz des materiellen Strafrechts gegenüber dem Strafprozeßrecht. Das Verfahrensrecht wird auf technische Funktionen reduziert; man bescheinigt ihm eine 'existentielle Abhängigkeit' vom materiellen Recht.«

401 *C.-W. Canaris,* Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1993), S. 58: »Das prägende Charakteristikum ... ist das Fehlen eines unabhängigen Kriteriums für die Beurteilung der Frage, ob das Ergebnis des Verfahrens eine faire Verteilung darstellt«.

402 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 14, S. 86: »[T]here is a correct or fair procedure such that the outcome is likewise correct or fair, whatever it is, ... the background circumstances define a fair procedure.«

403 Dazu oben S. 121 ff. (Begriff der Fairneß und Tennisbeispiel).

Glücksspielen: ganz gleich wie der Würfel fällt oder die Kugel rollt, das Ergebnis ist immer gerecht, solange die Spielregeln eingehalten wurden. Wo ein solcher Zusammenhang zwischen Verfahrens- und Ergebnisgerechtigkeit gegeben ist, liegt ein Verfahren der reinen prozeduralen Gerechtigkeit vor[404]. Die Anwendung eines Verfahrens dieser Art, soweit sie richtig erfolgt (Anwendungsbedingungen, Regeleinhaltung), *definiert* das Ergebnis als gerecht. Für Verfahren der reinen prozeduralen Gerechtigkeit gilt folglich der Satz: Etwas (z.B. eine Situation, Institution, Person, Norm, Handlung)[405] ist genau dann gerecht, wenn es das Ergebnis des Verfahrens ist (Definitionswirkung). Für nicht real durchgeführte (hypothetische) Verfahren der rein prozeduralen Gerechtigkeit, die in einem prozeduralen Gedankenexperiment bestehen, gilt entsprechend: Etwas ist genau dann gerecht, wenn es das Ergebnis eines Verfahrens sein könnte.

b) *Quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit (D_{3d})*

> D_{3d}: Quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit (*quasi-pure procedural justice*) ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren nicht mit Sicherheit ein gerechtes Ergebnis bewirkt, wobei es kein verfahrensunabhängiges Kriterium für die Beurteilung der Ergebnisgerechtigkeit gibt.

Wie bei der unvollkommenen ergibt auch bei der quasi-reinen[406] prozeduralen Gerechtigkeit eine Zusammenschau von D_3 und D_{3d}, daß das Verfahren die Bewirkung eines gerechten Ergebnisses zumindest *fördern* muß, andererseits die bloße Einhaltung der Verfahrensregeln nicht immer ein gerechtes Ergebnis bewirkt. Laut *Rawls* soll das typische Beispiel im Gesetzgebungsverfahren zu sehen sein. Gesetze seien bei Einhaltung des Gesetzgebungsverfahrens definitionsgemäß gerecht, solange sie im Bereich des nach der Verfassung Erlaubten liegen[407]. Eine solche Aussage scheint das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit auf den Kopf zu stellen. Denn nicht Gerechtigkeit ist der Maßstab, an dem sich das Recht zu messen hat, sondern es kann umgekehrt das Recht definieren, was als gerecht anzusehen ist. Verständlich wird die Aussage erst aus *Rawls* Verwendung der quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit in einem vierstufigen Modell zunehmender Konkretisierung von Gerechtigkeit in der politischen Ordnung. Auf jeder Stufe ist jeweils die Ergebnisgerechtigkeit der darüberliegenden Stufe als Vorgabe zu respektieren. Quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit ist *nur auf einer untergeordneten Stufe* möglich; ihr ist ein *Gerechtigkeitsrahmen* vorgegeben. Es wird eine implizite Anwendungsbedingung des Verfahrens

---

404 So auch *U. Neumann,* Zur Interpretation des forensischen Diskurses (1996), S. 423; *N. Duxbury,* Random Justice (1999), S. 43 ff. (Beispiele), S. 131 ff. (prozedurale Gerechtigkeit), S. 146 ff. (Vergleich mit dem Windhundprinzip: first come, first served).

405 Dazu oben S. 48 (Vielfalt der möglichen Gegenstände und Transponierbarkeitsthese).

406 Die deutsche Übersetzung von *Rawls* Theorie spricht statt dessen von 'fast-reiner' Verfahrensgerechtigkeit: *J. Rawls,* Theorie der Gerechtigkeit (1979), § 31, S. 229. Das drückt die in 'quasi-pure' enthaltene Skepsis nicht hinreichend aus. Abgesehen von dieser Abweichung entspricht die hier gewählte Terminologie derjenigen der deutschen Übersetzung.

407 *J. Ralws,* Theory of Justice (1971), S. 201.

konstituiert: quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit besteht nur, soweit die Lösungen, zwischen denen im Verfahren gewählt wird, alle gerecht im Sinne der übergeordneten Stufe der Gerechtigkeitsbegründung sind. Wählt der Gesetzgeber dagegen eine Gesetzesfassung, die im Lichte übergeordneter Gerechtigkeitsprinzipien nicht bestehen kann, so fehlt es an einer Anwendungsbedingung der quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit. Die Wahlentscheidung des Gesetzgebers ist dann nicht mehr prozedural gerecht.

Von der dienenden Verfahrensgerechtigkeit unterscheidet sich die quasi-reine dadurch, daß das gerechte Ergebnis vor der Verfahrensdurchführung noch *unbestimmt* ist. Von der reinen Verfahrensgerechtigkeit unterscheidet sich die quasi-reine dadurch, daß die Definitionswirkung nur *bedingt* eintritt. Worin besteht angesichts dieser Unbestimmtheit und Bedingtheit überhaupt die 'Förderung der substantiellen Gerechtigkeit' im Sinne von D_3? Sie liegt darin, daß das Verfahren nicht nur aus der unbestimmten Vielzahl möglicher Ergebnisse eines auswählt (Definitionswirkung), sondern in aller Regel als Folge der Verfahrensbedingungen auch zur Wahl eines Ergebnisses führt, das *innerhalb* des übergeordneten Gerechtigkeitsrahmens liegt. Im Beispiel: Die öffentliche Parlamentsdebatte führt in der Regel zu verfassungskonformen Gesetzen. Das Ergebnis wird dadurch *prima facie* – vorbehaltlich der Widerlegung – als gerecht definiert.

IV. Die Funktionen prozeduraler Gerechtigkeit (Multifunktionsthese)

Das Konzept der prozeduralen Gerechtigkeit wird mit ganz unterschiedlichen Funktionen in Rechtsdogmatik und Rechtstheorie eingesetzt (Multifunktionsthese). Das folgt aus der unterschiedlichen Eignung der vier Formen für die Begründung und Erzeugung von Gerechtigkeit.

1. Dienende Verfahrensgerechtigkeit

Betrachten wir zunächst die Formen der dienenden Verfahrensgerechtigkeit, so fällt auf, daß beide ein Kriterium außerhalb des Verfahrens voraussetzen, meist ein Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit, mit dem sich die Gerechtigkeit des Ergebnisses unabhängig von der Durchführung des Verfahrens beurteilen läßt. Vollkommene und unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit wirken *nur instrumentell* zur Verfolgung verfahrensextern gerechtfertigter Ziele[408]. Sie haben keine Begründungs-, sondern nur *Gerechtigkeitserzeugungsfunktion*, indem sie helfen, anderweitig begründete Gerechtigkeit in der Realität zu bewirken. Man muß schon vorher wissen, was gerecht ist (Gleichverteilung der Torte, Verurteilung nur der Schuldigen), und nutzt das Verfahren dann lediglich, um dieses verfahrensextern begründete gerechte Ergebnis tatsächlich zu erreichen. Das Verfahren hat nur nachgeordnete, 'dienende' Funktion[409].

---

408 Zum grundlegenden Unterschied zwischen externer und interner Rechtfertigung – allerdings dort bezogen auf Ungleichbehandlungen und den allgemeinen Gleichheitssatz – vgl. *S. Huster,* Rechte und Ziele (1993), S. 165 ff.

409 *A. Tschentscher,* Function of Procedural Justice (1997), S. 108 ff.

Die Rechtsdogmatik, insbesondere die des Prozeßrechts, stützt sich auf die dienende Funktion vollkommener oder unvollkommener prozeduraler Gerechtigkeit[410]: Verfahrensregeln des Beweisrechts dienen der Wahrheitsfindung, Verteidigungsbefugnisse dienen dem Schutz vor Fehlurteilen. In den (selteneren) Fällen vollkommener prozeduraler Gerechtigkeit führt die Einhaltung der Verfahrensvorschriften mit Sicherheit zu einer 'angemessenen' – das heißt in diesem Zusammenhang: zu einer *nicht revisiblen* – Annäherung an das als gerecht erkannte Ergebnis. Das kann etwa bei einem Rechtsverfahren nach Zivilprozeßrecht gelten, wenn eine Beweislastentscheidung getroffen wird und die materiell rechtskräftige Entscheidung (solange kein Wiederaufnahmegrund vorliegt) als angemessene Annäherung an das als gerecht erkannte Ergebnis (Ansprüche nach den tatsächlichen Vorgängen) qualifiziert wird. Anders als beim falschen Strafurteil würde man hier nicht von einem 'Fehlurteil' oder 'Justizirrtum' sprechen[411]. Die Obliegenheit, daß jeder selbst für die Durchsetzbarkeit der eigenen zivilrechtlichen Ansprüche zu sorgen hat, ist im Rahmen der Beweislastverteilung hinzunehmen, das Ergebnis einer Beweislastentscheidung angemessen[412].

In der Regel ist die zugrundegelegte prozedurale Gerechtigkeit aber unvollkommen, weil selbst bei Einhaltung aller Verfahrensregeln das Verfahrensergebnis nicht in jedem Fall eine angemessene Annäherung an die Ergebnisgerechtigkeit ist. Am Beispiel des Strafverfahrens wurde dieser Zusammenhang bereits erörtert[413]. Unvollkommen prozedurale Gerechtigkeit nimmt darum zwar an der Gerechtigkeitserzeugung teil, hat jedoch wegen der mit ihr verbundenen Unsicherheit nur einen Status, der sich schlagwortartig als *Gerechtigkeitsförderungsfunktion* kennzeichnen läßt.

2. *Definitorische Verfahrensgerechtigkeit*

Bei den Formen der definitorischen Verfahrensgerechtigkeit läßt sich die Gerechtigkeit des Ergebnisses nicht unabhängig von der Durchführung des Verfahrens beur-

---

410 Weitere Beispiele etwa bei *J. Berkemann,* Fairneß als Rechtsprinzip (1989), S. 223 ff.

411 Der Wertungsunterschied muß nicht notwendig moralisch, sondern er kann auch ökonomisch begründet werden; *R.A. Posner,* Economic Analysis of Law (1992), S. 553.

412 Vgl. aus der deutschen Strafprozeßrechtsliteratur *U. Neumann,* Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren (1989), S. 56 f., 62 f. – zum Zusammenhang von Wiederaufnahmegründen und materieller Rechtskraft mit der Funktion prozeduraler Gerechtigkeit in realen Gerichtsverfahren. *Neumanns* Zweifel an der 'dienenden Funktion' des Strafprozesses (S. 58) betreffen nicht die hier angesprochene 'dienende Funktion' der vollkommenen und unvollkommenen prozeduralen Gerechtigkeit. Erstere betrifft das Verhältnis zwischen Prozessrecht und materiellem Recht, letztere fragt nur danach, ob ein verfahrensexternes Kriterium für die Beurteilung der Gerechtigkeit besteht. Das ist schon immer dann der Fall, wenn überhaupt *irgendein* Wiederaufnahmegrund anerkannt ist, der über bloße Verfahrensmängel hinausgeht, also etwa wenn beim Strafprozeß neue Tatsachen oder Beweismittel vorliegen (§ 359 Nr. 5 StPO) oder beim Zivil- und Verwaltungsprozeß in den Fällen des Prozeßbetrugs (§ 580 Nr. 1-4 ZPO, § 153 I VwGO). Denn darin beweist sich, daß die Richtigkeit und Gerechtigkeit der Entscheidung nicht durch das Verfahren *definiert* wird. Es kommt also nicht darauf an, ob sich die Wiederaufnahmegründe »überwiegend wiederum auf Defizite im Bereich des Verfahrens« beziehen; so aber *Neumann,* ebd., S. 56. Treffend hingegen *M. Kriele,* Kriterien der Gerechtigkeit (1963), S. 34: Schon das Zugeständnis, ein Urteil könne ungerecht sein, besage »letztlich, daß die Kriterien der Gerechtigkeit nicht allein in prozessualen Fragen zu suchen sind, sondern daß es materiale Kriterien geben muß.«

413 Dazu oben S. 126 (Strafverfahren als Verfahren unvollkommen prozeduraler Gerechtigkeit).

teilen. Das bietet den Vorteil, keine verfahrensexternen Kriterien der Gerechtigkeit bestimmen zu müssen[414]. Statt dessen findet sich im Verfahren selbst das (prozedurale) Gerechtigkeitskriterium verkörpert. Es genügt, die Verfahrensregeln zu beachten, um ein *qua definitionem* gerechtes Ergebnis zu bewirken. Reine prozedurale Gerechtigkeit stellt diesen Zusammenhang ausnahmslos in allen Fällen her und hat dadurch *Gerechtigkeitsbegründungsfunktion.*

Das trifft im Grundsatz auch für die unvollkommene Variante der quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit zu[415], jedoch mit der Einschränkung, daß die Einhaltung der Verfahrensregeln nur *prima facie* das Ergebnis als gerecht definiert. Das Verfahren begründet keine Sicherheit, sondern stellt die Gerechtigkeit des Verfahrensergebnisses unter den Vorbehalt der Vereinbarkeit mit übergeordneten Gerechtigkeitskriterien. Es ist ein übergeordneter Gerechtigkeitsrahmen mit unbestimmt vielen Entscheidungsmöglichkeiten begründet, in dessen Grenzen sich die quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit halten muß und in aller Regel als Folge der Verfahrensbedingungen auch hält. Wird unter den möglichen Entscheidungen eine getroffen, so ist das Resultat dieser Wahl *qua definitionem* gerecht; werden die Grenzen hingegen ausnahmsweise verlassen, so ist sie wegen Verstoßes gegen den übergeordneten Gerechtigkeitsrahmen ungerecht. Die Form erzeugt demnach *widerlegliche* Gerechtigkeit. Quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit nimmt an der Gerechtigkeitsbegründungsfunktion teil, hat jedoch wegen der mit ihr verbundenen Unsicherheit nur einen Status, der sich schlagwortartig als *Gerechtigkeitswahlfunktion* kennzeichnen läßt.

V. Ergebnisse

Prozedurale Gerechtigkeit ist die Förderung von Ergebnisgerechtigkeit durch Verfahren. Sie tritt abschließend in vier Formen auf. Nur die *reine* prozedurale Gerechtigkeit läßt eine Begründung von Gerechtigkeit zu, die ohne verfahrensexterne Gerechtigkeitskriterien und ohne einen übergeordneten Gerechtigkeitsrahmen auskommt. Die *quasi-reine* prozedurale Gerechtigkeit bedarf dagegen immer eines übergeordneten Gerechtigkeitsrahmens. Die beiden 'dienenden' Formen, die *unvollkommene* und die *vollkommene* prozedurale Gerechtigkeit, eignen sich allein nicht zur Gerechtigkeitsbegründung, sondern sind auf verfahrensexterne Kriterien angewiesen.

Es kann darum nicht verwundern, wenn prozedurale Gerechtigkeitsbegründungstheorien, wie die folgenden Beispiele im einzelnen zeigen werden, sich vorwiegend auf *reine* und ergänzend auf *quasi-reine* prozedurale Gerechtigkeit stützen. Demgegenüber stellen Gerechtigkeitserzeugungstheorien in der Rechtsdogmatik vorwiegend auf die dienenden Formen der vollkommenen und unvollkommenen Gerechtigkeit ab. Auf diese Trennungslinie wird beim besonderen Begriff der 'prozeduralen Gerechtigkeits*erzeugungs*theorie' zurückzukommen sein[416].

---

414 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 14, S. 87.

415 Vgl. *J. Berkemann,* Fairneß als Rechtsprinzip (1989), S. 227; die bei den dortigen Beispielen (Sportrecht, Losverfahren bei Studienplatzvergabe, formale Chancengleichheit der Parteien) erwähnte 'reine' Verfahrensgerechtigkeit ist tatsächlich eine 'quasi-reine', weil sie im verfassungsrechtlichen Rahmen stattfindet.

416 Dazu unten S. 133 (prozedurale Gerechtigkeitserzeugungstheorie).

D. Prozedurale Gerechtigkeitstheorien

I. Eine Definition der prozeduralen Gerechtigkeitstheorie (D_4)

Bei 'Prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit'[417] handelt es sich um eine besondere Form der 'prozeduralen Theorien' (D_P) – genauer: um einen Sonderfall der 'prozeduralen Theorien praktischer Richtigkeit' (D_R). Der Begriff der 'prozeduralen Theorie der Gerechtigkeit' läßt sich damit in folgenden Stufen bestimmen:

> D_P: Prozedurale Theorien sind Theorien, nach denen eine Aussage genau dann wahr oder richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur sein kann.

> D_R: Prozedurale Theorien *praktischer Richtigkeit* sind Theorien, nach denen eine *normative Aussage N* genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur P sein kann.[418]

> D_{4N}: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit sind Theorien, nach denen eine Gerechtigkeitsnorm N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur P sein kann.

Diese normbezogene Definition entspricht den normbezogenen Begriffsbestimmungen der Gerechtigkeit in D_{1N} und der Gerechtigkeitstheorie in D_{2N}. Sie drückt außerdem *reine prozedurale Gerechtigkeit* im Sinne von D_{3d} aus. Ohne inhaltlichen Unterschied läßt sich dazu eine handlungsbezogene Definition entsprechend D_1 und D_2 formulieren:

> D_4: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit sind Theorien, die die Behauptung der Gerechtigkeit mit Verfahren begründen.

---

[417] Die hier definierten 'Prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit' müssen von 'Theorien der prozeduralen Gerechtigkeit' unterschieden werden. Bei ersteren geht es um das Prozedurale der *Theorien,* bei letzteren um das Prozedurale der *Gerechtigkeit.* Zwar hängen beide Theoriegruppen zusammen, weil in aller Regel eine Theorie über Verfahrensgerechtigkeit selbst dem Begründungsmodell der Verfahrenstheorien folgt. Das ist aber nicht zwingend. Es wäre auch denkbar, Verfahrensgerechtigkeit material zu begründen (Beispiel: 'Es ist ein Gebot Gottes, daß jeder Richter auch die andere Partei anhört!'). Hier besteht der Ausgangspunkt demgegenüber allein im Begriff der 'Verfahrenstheorie', nicht in dem der 'Theorie über Verfahren'. Das unterscheidet die Untersuchung grundlegend von primär prozeßrechtstheoretischen Studien, etwa derjenigen von *R. Hoffmann,* Verfahrensgerechtigkeit (1992), S. 84 ff., 105 ff.; dort insbesondere S. 158: »Verfahrensgerechtigkeit [wird] zu einem prozeduralen Reflex materialer Gerechtigkeit.« Mit unglücklicher Verquickung beider Aspekte (Verfahrenstheorie und Theorie des Verfahrens) ebd., S. 166 ff.

[418] Vgl. *R. Alexy,* Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation (1979), S. 95: »D: Eine normative Aussage *N* ist richtig genau dann, wenn sie das Ergebnis der Prozedur *P* sein kann.« Ebenso *A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik,* Grundlagen der juristischen Argumentation (1983), S. 41.

D_4': Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit sind Theorien, die die Behauptung der Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit mit Verfahren begründen.

Die Definitionen D_4 und D_{4N} setzen jeweils voraus, daß sich das Verfahren auf die *Begründung* der Gerechtigkeit bezieht. Wenn im folgenden ohne weitere Qualifizierung von einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie gesprochen wird, so ist eine Gerechtigkeits*begründungs*theorie gemeint. Dies ist der Begriff der *prozeduralen Theorie der Gerechtigkeit im engeren Sinne.*

II. Zu prozeduralen Gerechtigkeitserzeugungstheorien (D_{4E})

Als prozedurale Theorien der Gerechtigkeit *im weiteren Sinne* kann man auch Gerechtigkeits*erzeugungs*theorien verstehen[419]. Auch sie explizieren prozedurale Gerechtigkeit nach D_3, was sich in folgender Definition ausdrücken läßt:

D_{4E}: Prozedurale Gerechtigkeitserzeugungstheorien sind Theorien, nach denen die reale Erzeugung von Gerechtigkeit dadurch gefördert wird, daß man ein als gerecht begründetes Verfahren, dessen Anwendungsbedingungen vorliegen, korrekt durchführt.

Bei der Prozeduralität in solchen Theorien handelt es sich um etwas grundlegend anderes als bei Begründungsverfahren. Erzeugungs- und Begründungsverfahren der Gerechtigkeit machen in je eigener Weise von dem Konzept der prozeduralen Gerechtigkeit Gebrauch; erstere nutzen Formen der *dienenden* Verfahrensgerechtigkeit und ihrer Gerechtigkeitserzeugungsfunktion, letztere die Formen der *definitorischen* Verfahrensgerechtigkeit und deren Gerechtigkeitsbegründungsfunktion[420]. Bereits die Untersuchung zum Begriff der Gerechtigkeitstheorie hat ergeben, daß Gerechtigkeits*erzeugungs*theorien immer auf externe Maßstäbe für die Gerechtigkeit dessen, was sie real bewirken wollen, angewiesen sind[421]. Das Strafverfahren, das über den einzelnen Prozeß die Verurteilung eines schuldigen Straftäters bewirkt, ist nur dann ein Gerechtigkeitserzeugungsverfahren, wenn begründet werden kann, daß der Straftatbestand überhaupt strafwürdig ist. Gerechtigkeitserzeugung wäre ohne Gerechtigkeitsbegründung ziellos. Auch die Definition D_{4E} ('ein als gerecht begründetes Verfahren') drückt das aus: Es gilt ein *Primat der Gerechtigkeitsbegründung.* Ein Begründungsmodell kann ohne die reale Erzeugung von Gerechtigkeit gebildet werden, aber die reale Erzeugung ist nicht möglich, ohne daß begründet wird, warum ein Ergebnis gerecht sein soll.

---

419 So insbesondere *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107 ff. Zum Unterschied zwischen Begründungs- und Erzeugungstheorien der Gerechtigkeit bereits oben S. 88 ff.

420 Dazu oben S. 131 (Ergebnisse zur prozeduralen Gerechtigkeit).

421 Dazu oben S. 88 (Begründungs- und Erzeugungstheorien).

Angesichts dieser Unterschiedlichkeit und des Aufeinanderangewiesenseins von Erzeugung und Begründung der Gerechtigkeit wird es fraglich, wann eine Gerechtigkeitstheorie insgesamt als 'prozedural' bezeichnet werden kann. Die Antwort muß sich unabhängig von den Erzeugungsverfahren allein danach richten, ob materiale oder prozedurale Rationalität bei der *Begründung* zur Anwendung kommt. Wird beispielsweise in einem Strafverfahren ein Dieb nach allen Regeln der Verfahrenskunst seiner Straftat überführt, so genügt das allein nicht, um von der Anwendung einer *prozeduralen* Gerechtigkeitstheorie zu sprechen. Die Strafe könnte ja auch darin bestehen, daß ihm in Befolgung eines Gottesgebotes die Hand abgeschlagen wird, also in einer *material* begründeten Gerechtigkeitsbehauptung.

Im Ergebnis gilt: Von einer 'prozeduralen Gerechtigkeitstheorie' sollte man nicht schon dann sprechen, wenn die Gerechtigkeitserzeugung auf Verfahren gestützt wird, sondern nur, wenn *auch die Gerechtigkeitsbegründung prozedural* erfolgt. Stützt sich dagegen die reale Erzeugung der Gerechtigkeit auf Verfahren, ohne explizit eine prozedurale Gerechtigkeits*begründung* damit zu verbinden, so sollte der Klarstellung halber von einer 'prozeduralen Gerechtigkeits*erzeugungs*theorie' gesprochen werden. Nur eine solchermaßen verdeutlichte Begriffsbildung kann die mißliche Folge verhindern, daß *alle* materialen Theorien der Gerechtigkeit gleichzeitig als prozedurale Theorien angesehen werden müßten, weil es praktisch keine Gerechtigkeitsnormen gibt, bei deren realer Umsetzung nicht richtigkeitsverbürgende Verfahren nötig würden. Die Definitionen in D_4 und D_{4N} setzen demgemäß für eine prozedurale Theorie begriffsnotwendig voraus, daß die Behauptung der Gerechtigkeit mit Verfahren *begründet* wird.

III. Zur Klassifizierung prozeduraler Gerechtigkeitstheorien

1. Die Klassifizierung bei A. Kaufmann

Arthur Kaufmann versteht unter prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit alle Theorien, die Aussagen über Gerechtigkeit aus einem gedanklichen Verfahren ableiten[422]. Ihr Charakteristikum soll in dem Versuch liegen, Inhalte aus bloßer Form zu gewinnen[423]. Nach *Kaufmann* gehören Vertragstheorien und Diskurstheorien zu den so verstandenen prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit[424]. Als Prototypen dieser Theoriengruppen untersucht er die Sozialvertragstheorie von *Rawls* und die Diskurstheorie von *Habermas*[425]. Neben diese »zwei wichtigsten Modelle« stellt *Kaufmann*

[422] Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 10 f.

[423] *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 11: »Heute werden diese Versuche meist als 'prozedurale Theorien' der Wahrheit bzw. der Gerechtigkeit bezeichnet.« *Kaufmann* führt dies auf die kantische Tradition zurück; siehe ebd., S. 9: »Kant denkt nicht objektivistisch und nicht subjektivistisch, sondern prozeßhaft. ... Der kategorische Imperativ bedeutet denn auch gar nichts anderes als das Unterfangen, inhaltliche moralische Aussagen aus einem gedanklichen Verfahren abzuleiten.«

[424] Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 13 ff. ('Vertragsmodell'), 16 ff. ('Diskursmodell').

[425] *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 13 ff. Die gleiche exemplarische Auswahl findet sich auch bei *L. Kern,* Von Habermas zu Rawls (1986), S. 83 ff.

außerdem die Systemtheorie, insbesondere diejenige *Luhmanns,* als eine weitere Gruppe prozeduraler Theorien der Gerechtigkeit[426]. Für die Systemtheorie *Luhmanns* macht er dabei selbst die Einschränkung, daß 'Gerechtigkeit' im Sinne der politischen Philosophie dort gerade nicht anerkannt wird[427]. Insgesamt ergibt sich folgende Klassifizierung:

(1) Materiale Theorien der Gerechtigkeit
(2) Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit
 (a) Sozialvertragstheorien (z.B. *Rawls*)
 (b) Diskurstheorien (z.B. *Habermas*)
 (c) Systemtheorien (z.B. *Luhmann*)

Diese Zusammenstellung erklärt sich daraus, daß *Kaufmann* im weiteren Verlauf seiner Studie die Theorien von *Luhmann, Rawls* und *Habermas* alle aus dem gleichen Grund verwirft. In allen drei Fällen lasse sich zeigen, daß der Versuch, aus einer konsequent durchgeführten reinen prozeduralen Theorie *Inhalte* zu gewinnen, fehlschlagen müsse[428].

Die durch dieses Widerlegungsziel motivierte Klassifizierung kann nicht überzeugen. Sieht man einmal von der Systemtheorie ab, die mit Gerechtigkeitsbegründung ohnehin nichts zu tun hat und auch von *Kaufmann* in seiner Studie nicht weiter untersucht wird, so läuft das Schema auf eine Dichotomie von Sozialvertragstheorien und Diskurstheorien hinaus[429]. Diese Konkretisierung der prozeduralen Gerechtigkeitstheorien vernachlässigt Standpunkttheorien, kann also die monologischen Konzeptionen der praktischen Vernunft, wie sie etwa in Theorien des unparteiischen Beobachters expliziert werden, nicht berücksichtigen. Außerdem gibt es (prozedurale) Entscheidungstheorien, die nicht zu einem vollständigen Sozialvertragsmodell ausgebaut werden[430]. Auch sie bleiben in *Kaufmanns* Darstellung unberücksichtigt. Bezieht man alle prozeduralen Theorien mit ein, so spitzt sich die Frage nach der rationalen Begründbarkeit einer Gerechtigkeitskonzeption nicht auf die Darstellungsmit-

---

426 Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 11.

427 *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 11: »Für Luhmann gibt es so etwas wie 'Richtigkeit', 'Gerechtigkeit', 'Wahrheit' überhaupt nicht; ... Es kommt nicht darauf an, daß 'Gerechtigkeit' verwirklicht wird (sie gibt es ja nicht), sondern daß das System funktioniert, indem es soziale Komplexität reduziert.« Diese Einschätzung ist zutreffend; vgl. unten S. 148 ff. (Theorie der sozialen Systeme).

428 *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 11: »Er [der Entwurf Luhmanns] zeigt aber auch, daß eine konsequent durchgeführte *rein* prozedurale Theorie keine Inhalte mehr zuläßt.«; S. 15: »[Bei Rawls] hat sich gezeigt, daß die normativen Inhalte gar nicht, jedenfalls nicht allein, aus dem Verfahren gewonnen sind.«; S. 19: »Der rationale, konsenserzielende Diskurs *als solcher* sagt uns nicht, *was* wahr oder richtig ist, und nicht, *was* wir tun sollen. Erst wenn man dem Diskurs einen Inhalt, ein 'Thema', gibt, der nicht mit dem Diskurs ineinsfällt, kann die Diskurs- bzw. Konsensustheorie als Wahrheits- und Richtigkeitstheorie fungieren.« Schließlich zusammenfassend S. 20: »Allen diesen *rein* prozeduralen Theorien ist gemeinsam, daß die Inhalte erschlichen sind.« So bereits *ders.,* Recht und Rationalität (1988), S. 34. Ebenso *D. v.d. Pfordten,* Rechtsethik (1996), S. 270.

429 Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 11.

430 Dazu unten S. 171 ff. (Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren), S. 176 ff. (Theorien zum Nichteinigungspunkt).

tel von Vertrag und Diskurs zu, sondern vielmehr auf die Frontenstellung zwischen Diskursrationalität und Entscheidungsrationalität[431].

2. *Die Klassifizierung bei R. Dreier*

Eine umfassendere Klassifizierung der normativen Gerechtigkeitstheorien hat *Ralf Dreier* vorgeschlagen[432]:

- (1) Materiale Gerechtigkeitstheorien
  - (a) vom Naturrechtstypus
  - (b) vom Vernunftrechtstypus[433]
  - (c) u.U. auch »Reine Gefühlstheorien«[434]
- (2) Prozedurale Gerechtigkeitstheorien
  - (a) Gerechtigkeitserzeugungstheorien
    - (α) Theorien staatlicher Rechtserzeugung
    - (β) Theorien privatautonomer Rechtserzeugung
  - (b) Gerechtigkeitsbegründungstheorien
    - (α) Argumentationstheorien der Gerechtigkeit (*Perelman*, *Alexy*)
    - (β) Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit (*Rawls*[435])

Dieses Schema stellt die Unterscheidung zwischen Begründungs- und Erzeugungstheorien der Gerechtigkeit ins Zentrum – eine Unterscheidung, die sich auch in der Definition bei *R. Dreier* niederschlägt: »*Prozedurale Gerechtigkeitstheorien* sind normative Theorien über Methoden der Erzeugung gerechten Rechts oder der Rechtfertigung von Gerechtigkeitsurteilen; sie sind darauf gerichtet, Verfahren zu entwickeln, deren Bedingungen und Regeln eingehalten werden müssen, wenn man gerechtes Recht erzeugen oder Gerechtigkeitsurteile rational begründen will.«[436] Diese Definition stellt dem philosophischen Begründungselement ein spezifisch juristisches Erzeugungselement an die Seite und führt so zu einem juristisch erweiterten Begriff der Gerechtigkeitstheorie, wie er im allgemeinen sinnvoll ist und schon oben zugrundegelegt wurde[437]. Für die Bestimmung von *prozeduralen* Gerechtigkeitstheorien führt *Dreiers* weite Definition indes zu der schon erwähnten Begriffsverwirrung, daß auch *materiale* Begründungstheorien regelmäßig als prozedurale Gerechtigkeitstheorien angesehen werden müssen, weil auch sie zur Umsetzung von Gerechtigkeitsnormen

---

431 Anders *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 11, der Vertragstheorien und Diskurstheorien als die zwei wichtigsten 'Modelle' prozeduraler Theorien ansieht. Wie hier *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107, 115; dazu sogleich.

432 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107; zustimmend *M.R. Deckert,* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 194.

433 Zu dem Umstand, daß die meisten Vernunftrechtstheorien in den prozeduralen Theoriegattungen der hobbesianischen und kantischen Grundposition zu verorten sein dürften, vgl. oben S. 89 (Naturrechts- und Vernunftrechtstheorien).

434 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 108.

435 Zur Kritik der Einordnung von *Rawls'* Theorie als Entscheidungstheorie siehe S. 180 (Theorie der Maximin-Wahl?).

436 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107.

437 Zu Begründungs- und Erzeugungstheorien der Gerechtigkeit bereits oben S. 88.

auf richtigkeitsverbürgende Verfahren setzen[438]. Außerdem drückt *Dreiers* Schema, indem es Erzeugungs- und Begründungstheorien der Gerechtigkeit auf dieselbe Ebene stellt, das Verhältnis zwischen den Theoriegruppen nicht befriedigend aus. Das Primat der Gerechtigkeitsbegründung[439] muß dazu führen, daß jede Gerechtigkeitserzeugung, sei sie prozedural oder material, einem Begründungsmodell zugeordnet wird und sich deshalb nur noch als unselbständiger Teil dieser Begründungstheorie darstellt.

3. *Die Klassifizierung in Anlehnung an R. Alexy*

Die von *Robert Alexy* vorgeschlagene Klassifizierung nach Grundpositionen, die schon bei den Gerechtigkeitstheorien im allgemeinen zugrundegelegt wurde[440], kann auch zur Unterscheidung von materialen und prozeduralen Gerechtigkeitstheorien beitragen. In Anlehnung an *Alexys* Einteilung ergibt sich für normative Gerechtigkeitstheorien folgendes Schema[441]:

(1) 'Antitheorien' der Gerechtigkeit = nietzscheanische Grundposition
(2) Materiale Gerechtigkeitstheorien = aristotelische Grundposition
(3) Prozedurale Gerechtigkeitstheorien
  (a) Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit = hobbesianische Grundposition
  (b) Universalistische Gerechtigkeitstheorien = kantische Grundposition

Danach gilt der Satz: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit sind genau diejenigen Theorien, die zur hobbesianischen oder kantischen Grundposition gehören. Im Gegensatz zur Einteilung nach *Kaufmann* hat dies den Vorteil, daß die prozeduralen Theorien abschließend erfaßt werden[442]. Anders als bei *R. Dreier* werden die Erzeugungstheorien nicht auf eine Stufe mit den Begründungstheorien gestellt, sondern es kann hinter jeder Grundposition wieder materiale und prozedurale Gerechtigkeits*erzeugungs*theorien geben. Entsprechend der These vom Primat der Gerechtigkeitsbegründung bleiben solche Theorien unselbständige Teile der sie tragenden Begründungstheorien.

4. *Eine erweiterte Klassifizierung*

Berücksichtigt man einige Unterformen, so ergibt sich die erweiterte Klassifizierung, die im folgenden zugrundegelegt wird. Beispielhaft sind einige Vertreter prozeduraler Theorien in dem Schema aufgeführt:

---

438 Dazu oben S. 133 (prozedurale Gerechtigkeits*erzeugungs*theorien).

439 Dazu oben S. 133 f. (Primat der Gerechtigkeitsbegründung).

440 Dazu oben S. 81 ff. (vier Grundpositionen); vgl. oben S. 103 ff. (andere Klassifizierungen).

441 Die Grundpositionen stammen von *Alexy*, nicht hingegen die ihnen hier zugeordneten Bezeichnungen als 'Antitheorien' bzw. 'materiale' und 'prozedurale Gerechtigkeitstheorien'.

442 Vgl. oben S. 84 (abschließendes Schema der Gerechtigkeitstheorien).

(1) 'Antitheorien' der Gerechtigkeit = nietzscheanische Grundposition
(2) Materiale Gerechtigkeitstheorien = aristotelische Grundposition
(3) Prozedurale Gerechtigkeitstheorien
    (a) Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit = hobbesianische Grundposition
        (α) Nichtvertragliche Theorien rationalen Entscheidens (*Braithwaite*)
        (β) Neohobbesianische Sozialvertragstheorien (*Nozick, Buchanan*)
    (b) Universalistische Gerechtigkeitstheorien = kantische Grundposition
        (α) Kantische Sozialvertragstheorien (*Rawls*)
        (β) Standpunkttheorien (*Nagel*)
        (χ) Diskurstheorien (*Apel, Habermas, Alexy*)

Das Schema zeigt, wie prozedurale Theorien der Gerechtigkeit danach unterschieden werden können, welche Antwort sie auf die Frage nach der Begründbarkeit von Gerechtigkeit geben, oder allgemein: welche Konzeptionen der praktischen Vernunft sie verfolgen.

Entscheidungstheorien (*rational choice theories*[443]) urteilen danach, wie sich Menschen 'vernünftigerweise' in Entscheidungssituationen verhalten. Sie definieren Entscheidungsverfahren[444] und nehmen das Entscheidungsverhalten egoistischer Nutzenmaximierer als Ausgangspunkt, um die Richtigkeit des Handelns zu erklären[445]. Entscheidungstheorien in diesem Sinne sind nur die Theorien, die nach dem Verhalten egoistischer Nutzenmaximierer fragen (hobbesianische Grundposition), nicht etwa alle Sozialvertragstheorien (auch: kantische Grundposition) oder gar alle Nutzenmaximierungstheorien des Utilitarismus (aristotelische Grundposition)[446].

Universalistische Gerechtigkeitstheorien untersuchen, wie sich Menschen 'vernünftigerweise' verhalten, wenn sie nicht nur eigennützig ihren Neigungen nachgeben, sondern sich als autonome Selbstgesetzgeber fragen, was auch für andere, letztlich sogar für alle das Richtige ist. Im Zentrum der Diskussion steht dabei die kantische Sozialvertragstheorie von *Rawls.* Doch sollen in dieser Untersuchung als Gegenpol zu den Entscheidungstheorien vor allem die Theorien der rationalen Argumentation in ihrer Ausprägung als Theorien des rationalen praktischen Diskurses

---

443 Hier wird *'rational choice theory'* durchweg mit 'Theorie rationaler Entscheidung' oder einfach 'Entscheidungstheorie' übersetzt, da die wörtliche Übersetzung ('Theorie rationaler Wahl') nicht in gleicher Weise geeignet ist, diejenigen Entscheidungen zu berücksichtigen, die eine Auswahlmöglichkeit erst gestalten.

444 Eine allgemeine Definition hierfür findet sich bei *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 366: »A *decision procedure* is the method of deciding disputes that is common to members of a community.« Dabei ist ein Disput die Uneinigkeit über Handeln, nicht Ideen (S. 11). Das Entscheidungsverfahren wird nötig, wenn vernünftige Diskussion und Argumentation keinen Konsens bewirken und das Gewaltverbot, das eine Gemeinschaft begrifflich erst ausmacht, eine (friedliche) Entscheidung erfordert (S. 11).

445 *G. Kirchgässner,* Homo oeconomicus (1991), S. 12 ff., 45 ff. – eigener Vorteil als Charakteristikum; *R.A. Posner,* Economic Analysis of Law (1992), S. 4, 264 ff. – Eigeninteresse, Anreizorientierung.

446 Zu anderen Verwendungen des Begriffs der Entscheidungstheorie vgl. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 116 f. (auch kantische Sozialvertragstheorien).

(*discourse theories*)[447] untersucht werden. Sie betrachten Verhalten, das aus Kommunikation hervorgeht oder hervorgehen könnte und erklären die Richtigkeit des Handelns damit, daß bestimmte, rationalitätsverbürgende Regeln in der handlungsbestimmenden Kommunikation eingehalten werden.

IV. Die Grenzziehung zwischen materialen und prozeduralen Theorien

Der Unterschied zwischen ontologischen Naturrechtslehren und aufklärerischem Vernunftrecht, dem gegenwärtige Gerechtigkeitstheorien in ihrer Mehrzahl zuzurechnen sind, wurde bereits erörtert[448]. Es sind aber keinesfalls alle neueren Gerechtigkeitstheorien prozedural, sondern es gibt auch Theorien aufklärerischen Vernunftrechts, die man als materiale Gerechtigkeitstheorien charakterisieren kann, weil sie ohne Rückgriff auf Verfahren substantielle Annahmen zum Ausgangspunkt der Gerechtigkeitsbegründung wählen[449]. Die Zuordnung solcher Theorien (Kommunitarismus, Utilitarismus) zur aristotelischen Grundposition und damit zu den materialen Theorien wird im dritten Teil dieser Untersuchung genauer begründet[450]. Doch es gibt einige Grenzziehungsprobleme zwischen materialen und prozeduralen Theorien, die allgemeiner Natur sind und deshalb vorab geklärt werden können.

1. Die Unterscheidung zwischen Begründung und Ergebnis

Die Regel, daß ein Verfahrensbezug in der Gerechtigkeits*erzeugung* eine Theorie noch nicht zur 'prozeduralen' macht, wurde bereits in der Definition und Klassifizierung angesprochen[451]. Diese Abgrenzungsregel beruht auf der Unterscheidung zwischen der Gerechtigkeitsbegründung und ihren Ergebnissen – den moralischen Gerechtigkeitsnormen, die dann in der realen Welt verwirklicht werden wollen. Die Unterscheidung von Begründung und Begründungsergebnis führt zu weiteren Abgrenzungsregeln zwischen prozeduralen und materialen Theorien. Zunächst gilt, daß eine Theorie ihren prozeduralen Charakter nicht verliert, wenn sie oberste Gerechtigkeitsprinzipien begründet, die dann als *materiale* Ziele (teleologisch) verfolgt werden[452]. Denn derlei Effekte beobachtet man bei jeder Gerechtigkeitstheorie, die von prozeduraler Begründung zu realen Gerechtigkeitsnormen gelangt. Wenn beispielsweise *Rawls* oberste Gerechtigkeitsprinzipien begründet, die dann als Leitbilder für die Gestaltung der Sozialordnung dienen, so bleibt seine Theorie eine prozedura-

---

447 Zum Begriff der Argumentationstheorie siehe *R. Alexy,* Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation (1979), S. 94 f. Zur Klassifizierung prozeduraler Theorien vgl. *ders.,* Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems (1991), S. 30.

448 Dazu oben S. 89 (Naturrechts- und Vernunftrechtstheorien).

449 Dazu oben S. 89 (Naturrechts- und Vernunftrechtstheorien, Beispiele: *Brunner, Grisez, Finnis*).

450 Dazu unten S. 152 ff. (Theorien der aristotelischen Grundposition).

451 Dazu oben S. 132 ff. (Definition der prozeduralen Gerechtigkeitstheorie).

452 Ebenso *T. Vesting,* Prozedurales Rundfunkrecht (1997), S. 99; a.A. *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 113 f. (113): Die Theorie des demokratischen Verfassungsstaats sei eine 'gemischt prozedural-materiale Gerechtigkeitstheorie', weil zu ihr auch die materiale Gewährleistung von Menschen- und Bürgerrechten gehöre, die den Staatsgewalten Grenzen setzten.

le[453]. Gerade darin liegt ja der Sinn der Gerechtigkeitsbegründung, daß am Ende handlungsleitende Regeln befolgt und Prinzipien so weit wie möglich verwirklicht werden können. Teleologische Gehalte des als gerecht begründeten Ergebnisses machen eine prozedurale Theorie nicht zur materialen, solange die letzten Gründe in Verfahrensüberlegungen liegen. Eine ganz entsprechende Regel kann für eine Wertorientierung in der Sozialordnung formuliert werden: Axiologische Gehalte eines als gerecht erkannten Ergebnisses machen eine prozedurale Theorie nicht zur materialen. Und auch für ethische Gehalte[454] läßt sich entsprechendes formulieren: Eine prozedurale Gerechtigkeitstheorie wird nicht schon dadurch zur materialen, daß sie im Ergebnis zu einer Konzeption der tugendhaften Person führt[455].

2. *Die Unterscheidung nach dem Schwerpunkt der Begründung*

Schwieriger wird die Abgrenzung zwischen materialen und prozeduralen Gerechtigkeitstheorien dort, wo die materialen Gehalte nicht nur im Ergebnis, sondern schon in der Begründung eine Rolle spielen. Das ist bis zu einem gewissen Grad unausweichlich[456]. Wer ein Verfahren egoistischer Nutzenmaximierung anwendet, setzt damit bereits voraus, daß Menschen Interessen, Neigungen und ausreichend Verstand haben, um zwischen verschiedenen Handlungsweisen rational zu wählen[457]. Wer ein Verfahren der Universalisierung vertritt, benötigt die menschliche Fähigkeit, einen moralischen Standpunkt einzunehmen. Da die Übergänge von derlei *materialen* Annahmen über solche anthropologischen Konstanten zu einer *prozeduralen* Verfahrensbegründung fließend sind, bleibt letztlich nur die Lösung, die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob der *Schwerpunkt der Begründung* auf materialen oder prozeduralen Überlegungen beruht[458].

Mit diesem vage erscheinenden Kriterium lassen sich prozedurale Theorien dennoch ausreichend klar identifizieren, weil ihnen eine Begründungsstrategie gemein ist, die sie erkennbar macht. *Prozedurale Theorien versuchen, die materialen Annahmen so schwach wie möglich zu halten und die prozeduralen Überlegungen so stark wie möglich*

---

[453] Dazu unten S. 203 (Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit in *Rawls'* Theorie).

[454] Zur Ethik als der individuellen oder kollektiven Konzeption des Guten vgl. oben S. 94 (ethischer Gebrauch der praktischen Vernunft nach *Habermas*).

[455] Vgl. *J. Nida-Rümelin,* Die beiden zentralen Intentionen der Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß von John Rawls (1990), S. 466.

[456] So auch *J. Nida-Rümelin,* Die beiden zentralen Intentionen der Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß von John Rawls (1990), S. 466: »Jede normativ-ethische Theorie enthält – zumindest implizit – auch eine Konzeption der moralischen Person.« *H. Kitschelt,* Moralisches Argumentieren und Sozialtheorie (1980), S. 406: Eine prozedurale Theorie sei »immer schon im Rahmen einer *anthropologisch orientierten Rekonstruktion moralischer Kompetenzen der Person zu lesen*« (Hervorhebung bei *Kitschel*). Mit anderem Akzent *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 43 in Fn. 29 a.E.: »[Es] gilt, daß jedes Verfahren bestimmte, prozeduralistisch nicht begründbare normative Bedingungen erfüllen muß, um als Legitimationsinstanz theoretisch und praktisch verwendet werden zu können.« Zu weitgehend deshalb *M.R. Deckert,* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 194 (»Die *nur-prozeduralen* Theorien verzichten auf jeden materialen Gehalt.«) und *K.-E. Hain,* Diskurstheorie und Menschenrechte (2001), S. 195.

[457] Ähnlich *A. Cortina,* Diskursethik und partizipatorische Demokratie (1993), S. 246.

[458] Umgekehrt abgrenzend *M.R. Deckert,* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 194 – 'Auch-materiale' Theorien seien solche, die den Schwerpunkt im materialen Bereich haben.

auszubauen[459]. Theorien rationalen Entscheidens sind also deshalb prozedural, weil sie den Schwerpunkt ihrer Argumentation darauf legen, was in einem Verfahren rationaler Abwägung für den Einzelnen nach seinen Interessen optimal ist. Diskurstheorien sind prozedural, weil sie danach fragen, was im Verfahren des Diskurses als Ergebnis erzeugt werden könnte. Anthropologische Naturrechtslehren sind hingegen material, weil sie vor allem auf Bedürfnisse des Menschen abstellen, ohne daß es wesentlich auf die Verfahren ankäme, mit denen solche Bedürfnisse befriedigt werden[460]. Die Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Begründung führt dazu, daß eine im Grunde gerechtigkeitsskeptische positivistische Rechtstheorie wie diejenige *H.L.A. Harts* wegen des Fehlens jeder Verfahrensüberlegung allein durch die Annahme eines Minimalgehalts des Naturrechts (*minimum content of natural law*)[461] als materiale Gerechtigkeitstheorie anzusehen ist.

V. Das Vertragsmodell und das Gerichtsmodell (R. Dreier)

Ralf Dreier vertritt die These, daß sich alle Verfahren, die in prozeduralen Gerechtigkeitstheorien vorgeschlagen werden, letztlich auf zwei Grundmodelle und deren Kombination zurückführen lassen: auf das Vertragsmodell und das Gerichtsmodell[462]. Das Vertragsmodell beruhe dabei auf der Vorstellung, daß das einem jeden Zustehende (*suum cuique*) durch Übereinkunft aller, die es angeht, festzulegen sei. Das Gerichtsmodell verlange demgegenüber, daß im Streitfall eine neutrale, besonders qualifizierte Instanz zu entscheiden habe. Aus dem Bedingungs- und Regelbestand dieser beiden Grundmodelle sollen sich nach *Dreier* alle anderen Verfahrensmodelle, etwa das Gesetzgebungsmodell oder das Modell wissenschaftlicher Wahrheitsfindung, zusammensetzen lassen[463].

Das mag stimmen, doch genügt die Unterscheidung nicht als Analysemittel, weil sich die Verfahren jeweils auf ganz unterschiedliche Weise aus diesen 'Grundmodel-

---

459 Vgl. *C.K. Kaufman,* The Nature of Justice (1980), S. 223 – im Konflikt zwischen substantiellen und prozeduralen Kriterien gebührt den prozeduralen der Vorrang.

460 Als eine solche Theorie kann beispielsweise die objektivistische Werttheorie (*self-evident basic values*) von *Finnis* angesehen werden; vgl. oben S. 89 (Naturrechts- und Vernunftrechtstheorien). Ebenfalls materiale Theorien sind diejenigen, die ganz ohne Verfahrensüberlegungen unmittelbar nach der Rechtfertigung moralischer Regeln fragen, etwa wie bei *B. Gert,* Die moralischen Regeln (1966), S. 116 ff.

461 *H.L.A. Hart,* Concept of Law (1961), S. 189 ff.: Die Tatsachen der Verletzlichkeit des Menschen (*human vulnerability*), der Bedürftigkeit trotz begrenzter Resourcen (*limited resources*) und der bloß begrenzten Uneigennützigkeit (*limited altruism*) führe notwendig zu integritätsschützenden Geboten der Unterlassung; die der näherungsweisen Gleichheit (*approximate equality*) führe notwendig zur Rechtspflichtigkeit aller; die des begrenzten Verständnisses und der begrenzten Willensstärke (*limited understanding and strength of will*) führe notwendig zur Gehorsamserzwingung durch Sanktionen. Vgl. dazu *Harts* These, daß – wenn überhaupt – ein Naturrecht darin bestünde, allen Menschen ein gleiches Recht auf Freiheit zuzuweisen: *H.L.A. Hart,* Are There Any Natural Rights? (1955), S. 77 ff. Eine verwandte, aber doch andere, schutzrechtliche Bedeutung verbindet sich dagegen mit der These *Jellineks* vom 'ethischen Minimum'; dazu oben S. 30, Fn. 14.

462 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 112 ff.

463 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 112 f.

len' zusammensetzen[464]. So bildet sich in neohobbesianischen Sozialvertragstheorien der Konsens nur im Ausgleich egoistischer Nutzenmaximierung, während in kantischen Sozialvertragstheorien eine universalistische Komponente enthalten ist, die nach *Dreiers* Einteilung dem Gerichtsmodell zuzuschreiben wäre. Diskurstheorien und kantische Sozialvertragstheorien kombinieren jeweils Elemente des Vertragsmodells (Konsens[465]) und des Gerichtsmodells (Universalität) und sind doch im Ergebnis deutlich zu unterscheiden. Wegen der nahezu grenzenlosen Vielfalt unterschiedlicher Kombinationsmöglichkeiten wird die Einteilung in Grundmodelle hier nicht weiter verfolgt.

VI. Ergebnisse

Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit im engeren Sinne sind nur solche Theorien, die zur *Begründung* von Gerechtigkeit auf Verfahren zurückgreifen. Es handelt sich dabei um genau diejenigen Theorien, die der hobbesianischen oder kantischen Grundposition der politischen Philosophie zuzurechnen sind. Für diese Theorien ist kennzeichnend, daß sie materiale Annahmen so schwach wie möglich halten und die prozeduralen Begründungselemente so stark wie möglich ausbauen. Als prozedurale Theorien der Gerechtigkeit im weiteren Sinne kann man auch Gerechtigkeits*erzeugungs*theorien verstehen; deren Verfahren bleiben aber auf verfahrensexterne Kriterien zur Gerechtigkeitsbegründung angewiesen.

---

464 Das gesteht auch *Dreier* zu: *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 112.

465 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 115 benutzt die Bezeichnung 'Konsensmodell' synonym mit der des 'Vertragsmodells'.

Dritter Teil: Einige Theorien der Gerechtigkeit

Die einzelnen Gerechtigkeitstheorien sollen hier zunächst nur in ihren Grundzügen dargestellt und auf innere Widerspruchsfreiheit hin untersucht werden (Konsistenz). Im übrigen bleibt die Analyse der äußeren Widerspruchsfreiheit (Kohärenz) und alle übrige Kritik dem vierten Teil vorbehalten[1], denn viele Einwände gelten für ganze Theoriegruppen und setzen deshalb einen Überblick über das Spektrum voraus. Die Darstellung folgt der zuvor begründeten Klassifizierung nach Grundpositionen der politischen Philosophie[2] und erstreckt sich auf die nichtprozeduralen Theoriegruppen der nietzscheanischen und aristotelischen Grundposition, weil diese als Gegenmodelle zu den prozeduralen Theorien Beachtung verdienen. Die Auswahl der Theorien zielt nicht auf Vollständigkeit, sondern soll das Spektrum der Möglichkeiten beispielhaft umreißen.

A. Theorien der nietzscheanischen Grundposition (Gerechtigkeitsskepsis)

I. Charakteristika

Die Gerechtigkeitstheorien der nietzscheanischen Tradition verbindet die These, daß sich Gerechtigkeit inhaltlich nicht bestimmen läßt. In der These, daß nach den streitig gewordenen materialen Gerechtigkeitsvorstellungen der Naturrechtslehren auch die rationalistischen Gerechtigkeitsbegründungen des Vernunftrechts fehlgeschlagen sein sollen, liegt das besondere Verdienst *Nietzsches*[3]. Allein diese grundlegende Skepsis gegenüber jeder praktischen Rationalität[4] – und damit auch gegenüber der Gerechtigkeit (*Gerechtigkeitsskepsis*) – ist gemeint, wenn hier von nietzscheanischer Grundposition die Rede ist[5]. Im übrigen gibt es nicht viele Skeptiker, die auch *Nietz-*

---

[1] Dazu unten S. 261 ff. (Vierter Teil).

[2] Vgl. oben S. 80 ff. (Klassifizierung).

[3] Zu dieser Einschätzung auch *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 341; *J. Habermas,* Eintritt in die Postmoderne: Nietzsche als Drehscheibe (1985), S. 129: »[Die] beiden von Nietzsche gebahnten ... Wege... in die Postmoderne«.

[4] Vgl. *F. Nietzsche,* Götzen-Dämmerung (1888), Die 'Vernunft' in der Philosophie, Nr. 5, S. 960 – Vernunft als »alte betrügerische Weibsperson«. Siehe auch oben S. 82, Fn. 201 f. sowie sogleich Fn. 6. Außerdem *J. Habermas,* Eintritt in die Postmoderne: Nietzsche als Drehscheibe (1985), S. 129: »Nietzsche verdankt seinen machttheoretisch entwickelten Begriff der Moderne einer demaskierenden Vernunftkritik, die sich selbst außerhalb des Horizonts der Vernunft stellt.«

[5] Zur Identifizierung der nietzscheanischen Grundposition mit grundlegender Skepsis gegenüber dem Begriff der praktischen Vernunft *R. Alexy,* Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft (1993), S. 11 f.; ähnlich *H. Klenner,* Über die vier Arten von Gerechtigkeitstheorien gegenwärtiger Rechtsphilosophie (1995), S. 137 (»Agnostiker«). Genau genommen wäre bei der kritischen Distanz zur praktischen Vernunft zwischen Relativismus, Skeptizismus und Nihilismus zu unterscheiden; vgl. *S. Rosen,* Nihilism (1969), S. 72 ff., 94 ff. (Nihilismus bei *Nietzsche*). Hier

sches Begründung seiner Gerechtigkeitskritik teilen würden. *Nietzsche* hat die Skepsis als Schwert gegen christliche und bürgerliche Moral entwickelt und in seinem moralkritischen Werk sozialdarwinistisch zugespitzt: Nur die egoistische und lebensfroh instinktive Herrenmoral eines 'Übermenschen' entspreche dem alles beherrschenden Willen zur Macht und sei im Gegensatz zur Sklavenmoral das einzig Richtige im menschlichen Sollen[6]. Die neuen Werte, die *Nietzsche* im 'Übermenschen' verkörpert sah, gehen maßgeblich auf *Schopenhauers* 'Willen zur Macht' zurück[7]. Sie betonen die zentrale Rolle des Machtwillens als einer blinden und irrationalen Kraft, mit der die Gedanken der Aufklärung widerlegt und durch einen grundlegenden Pessimismus und Skeptizismus ersetzt werden.

Den Standpunkt der Gerechtigkeitsskepsis wird nur einnehmen, wer die Suche nach Gerechtigkeit als von vornherein aussichtslos oder als endgültig gescheitert ansieht. Der moralische Nihilismus lehnt bereits die Existenz von Gerechtigkeit ab[8], der moralische Relativismus behauptet ihre Unentscheidbarkeit[9] und der Emotivismus definiert die Gerechtigkeit hinweg, indem er normativen und axiologischen Sätzen einen Anspruch auf Richtigkeit aberkennt[10]. Theorien der nietzscheanischen Tradition enthalten insofern eine moralische Bankrotterklärung, also gerade die *Antithese* zur Suche nach der Gerechtigkeit. Ihr verbindendes Element liegt in der Ablehnung der Gerechtigkeit als Kategorie des Sollens. Damit können alle Theorien zur nietzscheanischen Tradition gerechnet werden, die die Gerechtigkeitsfrage für sinnlos oder unentscheidbar und konsequenterweise in der praktischen Philosophie für irrelevant halten. In ihnen wird die Frage 'Was soll ich tun?' ohne einen Rückgriff

---

wird demgegenüber jede der Spielarten der Vernunftskepsis in einem weiten Sinn als 'Skeptizismus' verstanden.

6 Vgl. *F. Nietzsche,* Also sprach Zarathustra (1883), Zarathustras Vorrede, Nr. 7, S. 287: »Ich will die Menschen den Sinn ihres Seins lehren: welcher ist der Übermensch, der Blitz aus der dunklen Wolke Mensch.«; *ders.,* Zur Genealogie der Moral (1887), Vorrede, Nr. 6, S. 768: »So daß gerade die Moral daran schuld wäre, wenn eine an sich mögliche *höchste Mächtigkeit und Pracht* des Typus Mensch niemals erreicht würde?« (Hervorhebung bei *Nietzsche*).

7 Vgl. *A. Schopenhauer,* Die Welt als Wille und Vorstellung (1819), S. 691 (Kritik der kantischen Philosophie): »Oder sind etwa auch die Vorschriften, welche der kluge und konsequente, überlegte und weitsehende Machiavelli dem Fürsten gibt, *unvernünftig?*« (Hervorhebung bei *Schopenhauer*).

8 Vgl. *S. Rosen,* Nihilism (1969), S. 72 ff., 94 ff. (Nihilismus bei *Nietzsche*).

9 Dazu sogleich S. 145 (rechtsethischer Relativismus *Kelsens*). Zum Unterschied zwischen Skeptizismus i.S.v. Nihilismus einerseits und Relativismus andererseits *G. Patzig,* Ethik ohne Metaphysik (1983), S. 62 ff. (76 ff.).

10 Dazu insbesondere *C.L. Stevenson,* Ethics and Language (1944), S. 22, 81 – die Bedeutung des Satzes 'This is good.' erschöpfe sich in derjenigen des Satzes 'I approve of this; do so as well.' Ausdrücklich auch *A.J. Ayer,* Sprache, Wahrheit und Logik (1947), S. 135: »Wir werden uns darauf konzentrieren zu zeigen, daß Wertaussagen ... nicht im eigentlichen Sinne bedeutsam, sondern einfach Gefühlsausdrücke sind, die weder wahr noch falsch sein können.« Als 'Emotivismus' kann generell diejenige nichtmetaphysische, metaethische Theorie gelten, die, anders als der Deskriptivismus (Naturalismus, Intuitionismus), eine Fakten/Werte-Dichotomie anerkennt, aber axiologische Sätze, etwa die mit dem allgemeinsten Wertprädikat 'gut', als bloße Aufforderungen interpretiert, weil er davon ausgeht, daß Werturteile im Gegensatz zu Tatsachenbehauptungen weder wahr oder richtig noch falsch sein können. Vgl. zur Einteilung nichtmetaphysischer, metaethischer Theorien *H. Pauer-Studer,* Das Andere der Gerechtigkeit (1996), S. 195 ff.

auf Gerechtigkeit beantwortet, entweder weil das Handeln überhaupt keiner Rechtfertigung bedarf, oder weil eine inhaltliche Rechtfertigung unmöglich ist.

Mit dem Gesagten ist klar, daß Theorien der nietzscheanischen Tradition keine materialen Gerechtigkeitstheorien sein können, denn die inhaltliche Festlegung von Gerechtigkeit lehnen sie gerade ab. Es handelt sich aber auch nicht um prozedurale Theorien im Sinne von D_4. Zwar bleibt den Gerechtigkeitsskeptikern mangels inhaltlicher Anknüpfungspunkte letztlich nichts anderes übrig, als auf bestimmte Verfahren zur Regelung der sozialen Ordnung zu setzen. Sie sind deshalb prozedural in der Gerechtigkeits*erzeugung*. Aber in der Einhaltung gedanklicher Verfahren sehen sie keine Gerechtigkeits*begründung*[11].

Die Theorien der nietzscheanischen Grundposition erweisen sich also bei genauer Betrachtung weder als materiale noch als prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, sondern sie sind *Theorien der Gerechtigkeitsskepsis*. Man könnte, weil sie die Antithese zur Gerechtigkeit enthalten, auch von *Antitheorien der Gerechtigkeit* sprechen.

II. Theorie des rechtsethischen Relativismus (H. Kelsen)

Man kann als Gerechtigkeitsskeptiker zugestehen, daß die Gerechtigkeit insofern etwas mit Recht zu tun hat, als sie ein Motiv für die Gestaltung der Rechtsordnung ist, und gleichzeitig darauf bestehen, daß es sinnlos ist, über Gerechtigkeit zu sprechen, weil verschiedene Gerechtigkeitskonzeptionen als gleichermaßen gültig oder ungültig angesehen werden müssen. Dies ist die Position des rechtsethischen Relativismus, wie *Kelsen* ihn in der 'Reinen Rechtslehre' entwickelt hat[12]. Das Recht ist danach ein System von Zwangsnormen, das einer vorpositiven Rechtfertigung nicht bedarf und ihrer auch nicht fähig ist. Eine praktische Vernunft, die Begründungen der Gerechtigkeit generieren könnte, gibt es nicht[13]. Damit wird jede Politisierung und geisteswissenschaftliche Bewertung aus der Rechtslehre verbannt (juristischer Wertrelativismus)[14]. Die Sollensanordnungen rechtlicher Normen gelten ohne den Rückgriff auf Gerechtigkeit[15]. Über diese rechtspositivistische Trennungsthese hinaus sagt *Kelsen* aber auch Grundlegendes über die Möglichkeit praktischer Vernunft: Was Gerechtigkeit inhaltlich und absolut ist, entziehe sich der menschlichen Beurteilung; es

---

11 Vgl. *J. Habermas,* Eintritt in die Postmoderne: Nietzsche als Drehscheibe (1985), S. 119 f.: *Nietzsche* habe das »kritische Vermögen der Wertschätzung nicht als ein Moment der Vernunft anerkannt, das wenigstens prozedural, im Verfahren argumentativer Begründung, mit objektivierender Erkenntnis und moralischer Einsicht noch zusammenhängt.«

12 *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 357, 366 ff., sowie insbesondere S. 403 f.: »Eine positivistische und das heißt realistische Rechtslehre behauptet nicht – wie immer wieder betont werden muß –, daß es keine Gerechtigkeit gebe, ... Sie leugnet nicht, daß die Gestaltung einer positiven Rechtsordnung durch die Vorstellung irgendeiner der vielen Gerechtigkeitsnormen bestimmt werden kann und in der Regel tatsächlich bestimmt wird.«

13 *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 419 – Die praktische Vernunft sei ein logisch nicht haltbarer Begriff. Ähnlich bereits *A. Ross,* Kritik der sogenannten praktischen Vernunft (1933), S. 19: »Ganz gleich, unter welchem Namen die praktische Erkenntnis auftritt; [sie] ist in sich widerspruchsvoll. ... Das Ergebnis der Analyse: der sogenannte Begriff einer praktischen Erkenntnis ist kein echter Begriff«.

14 Zu dieser Bezeichnung *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 99, 117 f.

15 *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 402 ff.

gebe allenfalls eine 'relative Lösung' des Problems der Gerechtigkeit[16]. Gerechtigkeitsfragen sind bei *Kelsen* aus dem Bereich der Erkenntnis in denjenigen der Bekenntnis verdrängt, können also nur noch als höchstpersönliche Gewissensentscheidung oder als Glaube an Gott gelten[17].

Die aus *Kelsens* Gerechtigkeitsskepsis resultierende »relativistische Gerechtigkeitsphilosophie«[18] enthält gleichwohl eine Theorie der Gerechtigkeit im Sinne von D_2. So, wie die bewußte Abwendung von allen Religionen selbst wieder ein Bekenntnis ausdrückt, so liegt auch in *Kelsens* Gerechtigkeitsskepsis eine positive Aussage über richtiges Handeln. Wer nämlich absolute Gerechtigkeit als irrationales Ideal ablehnt, dem bleibt in politisch-sozialer Konsequenz das Gebot der gegenseitigen Toleranz, das *Kelsen* gleichsetzt mit gegenseitiger Achtung von Freiheit[19]. Die Demokratie wird nur insoweit zur gerechten Staatsform, als sie Toleranz und Freiheit sichert[20]. *Kelsens* Demokratietheorie ist dabei keine prozedurale Theorie im Sinne von D_4. Denn dazu müßte sowohl die Begründung als auch die Erzeugung von Gerechtigkeit prozedural bestimmt werden. Bei *Kelsen* gilt die Demokratie genau dann als gerechte Staatsform, wenn das demokratische Verfahren ein vorbestimmtes Ziel individueller Freiheit verwirklichen kann (unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit i.S.v. D_{3b}). In seiner Theorie ist also die Gerechtigkeitserzeugung prozedural. Das gilt indes nicht für die Gerechtigkeitsbegründung. Insoweit ist *Kelsen* Skeptiker, weil seine relativistische Gerechtigkeitsphilosophie eine Beurteilung von Gerechtigkeitskonzeptionen als richtig oder falsch nicht zuläßt.

III. Theorie der spontanen sozialen Ordnung (F.A. Hayek)

Eine besondere Form der marktzentrierten Gerechtigkeitstheorie entwickelt *Hayek* aus seinem Modell der spontanen Ordnung in sozialen Systemen[21]. Spontane Ordnung im Sinne *Hayeks* ist dadurch gekennzeichnet, daß sich Individuen innerhalb vorausgesetzter, angemessener Rahmenbedingungen, die unter möglichst geringem Zwang (*minimal coercion*) universell befolgt werden, nach ihren pragmatisch-rationalen Eigeninteressen selbständig (d.h. ohne äußere Steuerung) arrangieren. Die im Ergebnis eintretende Gleichgewichtslage weise die Fähigkeit zur Selbstkorrektur und insofern Stabilität auf und könne verteiltes Wissen besser nutzen als eine direktive Organisation[22]. Modellfall ist für *Hayek* die liberale Marktwirtschaft im Ge-

---

16 *H. Kelsen,* Was ist Gerechtigkeit? (1975), S. 17: »Das Absolute im allgemeinen und absolute Werte im besonderen sind jenseits der menschlichen Vernunft, für die nur eine bedingte und in diesem Sinne relative Lösung des Problems der Gerechtigkeit als des Problems der Rechtfertigung menschlichen Verhaltens möglich ist.«; S. 40: »Wenn die Geschichte der menschlichen Erkenntnis uns irgend etwas lehren kann, ist es die Vergeblichkeit des Versuches, auf rationalem Wege eine absolut gültige Norm gerechten Verhaltens zu finden ...«.

17 *R. Walter,* Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit (1996), S. 231 ff.

18 Begriff bei *H. Kelsen,* Was ist Gerechtigkeit? (1975), S. 40.

19 Ausführlich *H. Kelsen,* Was ist Gerechtigkeit? (1975), S. 40-43.

20 *H. Kelsen,* Was ist Gerechtigkeit? (1975), S. 15 f., 41 f.

21 Zur Abgrenzung von *Kelsen* siehe *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. II (1976), S. 48 ff.

22 Vgl. die Kritik an den Begriffen der sozialen Gerechtigkeit und Verteilungsgerechtigkeit bei *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. II (1976), S. 62 ff.; zur Ablehnung direktiver Organisation siehe *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 120.

gensatz zur sozialistischen Planwirtschaft. Sein Gedanke einer mit minimalem Zwang auskommenden spontanen Ordnung hat aber darüber hinaus – ähnlich der 'Great Society' von *Adam Smith* oder der 'offenen Gesellschaft' von *Karl Popper* – den Charakter eines politischen Ideals[23]. Das Ideal versteht auch den menschlichen Gerechtigkeitssinn als Fähigkeit zur Bildung spontaner Ordnung[24]. Moralische Regeln seien Ergebnisse spontaner Ordnung und nicht Ausdruck steuernder menschlicher Vernunft[25]. In einer richtigen und gerechten Sozialordnung ersetze der selbstorganisierende und sich selbst generierende (endogene) 'Organismus' die künstlich von außen konstruierte und durch Direktiven geregelte (exogene) 'Organisation'[26].

Die resultierende Gerechtigkeitstheorie kann nur eine solche weitestgehender staatlicher Abstinenz sein. *Hayek* wendet sich gegen einen konstruktivistischen Rationalismus, der durch drei Grundannahmen charakterisiert werden kann[27]: Erstens geht er davon aus, daß alle sozialen Ordnungen das Ergebnis bewußter Gestaltung sind und sein sollten[28]; zweitens nimmt er an, daß menschliche Vernunft ausreicht, um alle relevanten Faktoren menschlicher Existenz bei der Gesellschaftsgestaltung einzubeziehen[29]; und drittens schließlich impliziert er, daß alle Institutionen, die nicht sichtbar die Erreichung sanktionierter Ziele fördern, abgeschafft werden sollten[30]. Dem stellt *Hayek* gegenüber, daß es in modernen Gesellschaften Einigkeit über die allgemeinen Prinzipien sozialer Gerechtigkeit oder eine einheitliche Konzeption des Guten nicht gibt und jede autoritative Festlegung durch ein Individuum oder die Regierung gleichermaßen willkürlich wäre, weil sich die Frage der Gerechtigkeit ein-

---

23 *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 120 f.

24 Zu diesem Verständnis des Gerechtigkeitssinns als Gespür für die schon vorhandene richtige Ordnung, nicht dagegen als Vernunftbegabung, siehe *F.A. Hayek,* Primacy of the Abstract (1968), S. 46: »[O]ur capacity to judge actions of our own or of others as just or unjust, must be based on the possession of highly abstract rules governing our actions, although we are not aware of their existence and even less capable of articulating them in words.« Vgl. dazu *ders.,* Confusion of Language in Political Thought (1967), S. 81: »What we call the 'sense of justice' is nothing but that capacity to act in accordance with non-articulated rules, and what is described as finding or discovering justice consists in trying to express in words the yet unarticulated rules by which a particular decision is judged.«

25 *Hayek* hat beispielsweise unter Berufung auf *Charles Darwin, David Hume* und *Adam Smith* bei gleichzeitiger Abgrenzung vom Sozialdarwinismus (*Social Darwinism*) *Humes'* These: »The rules of morality, therefore, are not conclusions of our reason.« (*D. Hume,* A Treatise of Human Nature, Bd. III: Of Morals (1740), Teil I: Of Virtue and Vice in General, Abschnitt I: Moral Distinctions not Derived from Reason; ähnlich *ders.*, ebd., Teil III, Abschnitt I) dahin konkretisiert, daß Moralität ein unterscheidbares Vermögen zwischen Instinkt und Vernunft ist: »a system of restraints on our animal instincts which we sentimentally dislike and whose functions transcended our intellectual comprehension«; *F.A. Hayek,* Rules of Morality (1987), S. 227 ff. (235).

26 *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. I (1973), S. 35 ff.

27 Zur Analyse siehe *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 187.

28 Kritik des 'constructivist rationalism' bei *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. I (1973), S. 5 ff.

29 Kritik dieser 'Cartesian tradition' bei *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. I (1973), S. 29 ff.

30 Deutlich etwa die Kritik als 'scientific error' bei *F.A. Hayek,* Errors of Constructivism (1970), S. 13: »Constructivists ... demand that all those grown values not visibly serving approved ends ... should be discarded to offer individuals improved prospects of achieving their different and often conflicting goals.«

zelner Verteilungsergebnisse einer vernünftigen Erkenntnis schlicht entziehe[31]. In dieser Situation soll allein der liberale Markt als natürliches, vorpositives Faktum das prozedurale Kriterium für richtiges Handeln bilden: wenige Regeln stecken den Rahmen ab, innerhalb dessen sich ökonomische und soziale Selbstkoordination abspielen kann. An die Stelle eines zielbezogenen Konsequentialismus tritt ein mittelbezogener Prozeduralismus[32]. *Hayeks* Skepsis richtet sich sowohl gegen Vernunfterkenntnisse über die Gerechtigkeit von Verteilungsergebnissen als auch gegen die Vorhersehbarkeit pragmatisch-rationalen Verhaltens. Allein das prozedurale Kriterium des Marktes soll als unverdächtiger Agent der Gerechtigkeit Bestand haben.

Auch *Hayeks* Theorie ist keine prozedurale Gerechtigkeitstheorie im Sinne von D_4. Die Prozedur des Marktes dient allein der Gerechtigkeitserzeugung. Gerechtigkeit selbst ist hingegen – wie bei *Kelsen* – inhaltlich nicht begründbar[33].

IV. Theorie der sozialen Systeme (N. Luhmann)

Die neuere Systemtheorie *Luhmanns*[34] hat die Aussagen seines Frühwerks zur prozeduralen Gerechtigkeit ('Legitimation durch Verfahren'[35]) unangetastet gelassen[36]. Neue wie alte Schriften basieren auf einer grundlegenden Gerechtigkeitsskepsis. *Luhmann* meint, mit Argumenten könne man dem richtigen Handeln nicht näher kommen[37]. Er versteht praktische Vernunft allein als 'operative Vernunft'[38]. Seine Legitimation durch Verfahren fragt nur, ob Entscheidungen innerhalb gewisser Tole-

---

31 *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. II (1976), S. 75, 96 f.; sowie S. 42 zur Unmöglichkeit einer positiven inhaltlichen Bestimmung von Gerechtigkeit. Die Unzugänglichkeit für Kriterien praktischer Vernunft ist von *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 220 zu Recht als 'ethischer Skeptizismus' in *Hayeks* besonderer und moralisch schwer zu verortenden Form des Liberalismus geortet worden.

32 *F.A. Hayek,* Law, Legislation and Liberty, Bd. II (1976), S. 110: »[T]he Great Society ... is merely means-connected and not ends-connected.« Zum Begriff des Konsequentialismus (*consequentialism*) siehe unten S. 152 (Charakteristika der aristotelischen Grundposition).

33 Zuordnungsversuche zu kantischen oder utilitaristischen Ansätzen sind deshalb zum Scheitern verurteilt; vgl. *C. Kukathas,* Hayek and Modern Liberalism (1989), S. 201 – Es ließen sich bei *Hayek* zwar kantische, konservative und utilitaristische Argumente erkennen, diese würden aber nicht zu einer Moraltheorie verbunden.

34 *N. Luhmann,* Das Recht der Gesellschaft (1993), S. 332 f. – ausdrückliche Berufung auf das Frühwerk. Hier kann auf die spezifischen rechtssoziologischen Aspekte der Theorie nicht eingegangen werden. Allein die Aussagen zur Unmöglichkeit einer Gerechtigkeitsbegründung jenseits des bloßen Akzeptierens eines Handelns durch die Betroffenen ist im vorliegenden Zusammenhang relevant.

35 *N. Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1969). Vgl. zur Bestätigung: *ders.,* Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft (1973), S. 144 f. – Das Gerechtigkeitskriterium werde neu gefaßt durch die Forderung nach 'adäquater Komplexität' eines Rechtssystems, die genau dann bestehen soll, »wenn sie mit konsistentem Entscheiden im System noch vereinbar ist.« Ebenso: *ders.,* Recht der Gesellschaft (1993), S. 225. Vgl. dazu die Kritik bei *R. Dreier,* Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems (1974), S. 194 ff.

36 *S. Machura,* The Individual in the Shadow of Powerful Institutions (1997), S. 181.

37 *N. Luhmann,* Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft (1973), S. 144 mit Fn. 33.

38 *N. Luhmann,* Die Systemreferenz von Gerechtigkeit (1974), S. 203.

ranzen von den Betroffenen akzeptiert werden, solange die Verfahrensregeln in der Entscheidungsfindung eingehalten werden[39]. Der solchermaßen verkürzte Legitimationsbegriff zeigt eine Gerechtigkeitsskepsis, die derjenigen des rechtsethischen Relativismus ähnelt[40]. *Luhmann* will durch sein Legitimationsverständnis ältere naturrechtliche Begründungen oder tauschförmige Methoden der Konsensbildung ersetzen[41]. Es komme für 'Legitimation' allein auf das tatsächliche Akzeptieren an, das nicht einmal eine subjektive Überzeugung von der Richtigkeit der Werte, Rechtfertigungsprinzipien, Entscheidungsprämissen oder der Inhalte einer Entscheidung voraussetzt. Ausschlaggebend für solche 'Legitimation' ist allein das Hinnehmen von Einzelentscheidungen im Sinne einer freiwilligen Änderung der Verhaltenserwartung[42].

Obwohl *Luhmann* von 'Legitimation durch Verfahren' spricht und genau diejenigen institutionalisierten Verfahren in Recht und Politik untersucht, die in einer politischen Gerechtigkeitstheorie zentral sind[43], handelt es sich *nicht* um eine prozedurale Gerechtigkeitstheorie im Sinne von D_4. Denn es geht nicht um die *Begründung* von Gerechtigkeit mit Verfahren, sondern allein um die Umstrukturierung von Verhaltenserwartungen durch geregeltes Geschehen[44]. Das Verfahren als entscheidungsorientiertes soziales System soll nicht Gerechtigkeit realisieren, sondern lediglich eine Komplexitätsreduzierung bewirken und Orientierungshilfen bieten. Ein Gerichtsverfahren begründet beispielsweise nicht dadurch Legitimität, daß ihm durch die Verfahrensbedingungen eine richtigkeitsverbürgende Wirkung zukommt, sondern allein dadurch, daß es ein wirksames Sichabfinden mit der Entscheidung zu erreichen vermag[45]. Es geht nicht um das *Begründen* der Gerichtsentscheidung als richtig und gerecht, sondern um das *Sichabfinden* mit dem Urteil. *Luhmanns* 'Legitimation' ist eine »Selbstlegitimation« innerhalb des autonomen Systems 'Recht'[46]. Die Verfahrensregeln müssen lediglich so ausgerichtet sein, daß sie Akzeptanz erzeugen können. Ob das zufällig mit Regeln zusammenfällt, die eine Entscheidung richtig und gerecht machen, ist (jedenfalls unmittelbar) nicht von Belang[47]. Die Funktion des Verfahrens liegt in der Symbolbildung, in der »Ausgestaltung des Verfahrens als

---

39 *N. Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1969), S. 28.

40 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 171-187 – 'sozialgeschichtlicher Rechtspositivismus'.

41 *N. Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1969), S. 31.

42 *N. Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1969), S. 30 ff., 120. Vgl. *ders.,* Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft (1973), S. 131, 153 – Der Geltungsgrund des positiven Rechts liege nicht länger in normimmanenten Qualitäten, sondern nur noch in seiner Änderbarkeit selbst, in seiner Negierbarkeit.

43 Vgl. unten S. 334 ff. (Diskurstheorie der Gerechtigkeit; mittelbare Begründung gerechten Rechts: parlamentarische Gesetzgebung, Gerichtsverfahren, Verwaltungsverfahren, Wahlen).

44 *N. Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1969), S. 37.

45 Vgl. *N. Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1969), S. 109.

46 Vgl. *N. Luhmann,* Selbstlegitimation des Staates (1981), S. 75 ff.

47 Eine mögliche *mittelbare* Wirkung könnte dadurch bestehen, daß Verfahren immerhin einen allgemeinen Glauben an das System benötigen, selbst wenn sie nur Akzeptanz erzeugen sollen. Insoweit kann man bei *Luhmanns* Theorie von einer bloß 'teilweisen Erklärung' der Verfahrenswirkung sprechen; *S. Machura,* The Individual in the Shadow of Powerful Institution (1997), S. 188.

eines Dramas, das richtige und gerechte Entscheidung symbolisiert«[48], ohne sie tatsächlich begründen zu müssen; es kennt weder normative noch moralische Aspekte[49]. Mit Recht ist diese Position als »Verfahren statt Legitimation«[50] und »Gerechtigkeit ohne Gerechtigkeit« bezeichnet worden[51]. Als Rekonstruktion des Rechtsfindungsprozesses stieß sie in der Jurisprudenz bisher durchweg auf Ablehnung[52]. Hier ist eine Bewertung entbehrlich. Es genügt die Feststellung, daß *Luhmanns* systemtheoretisches Verfahrensmodell einen anderen Legitimitätsbegriff als die normativen Gerechtigkeitstheorien verwendet[53] und insgesamt Ausdruck eines grundlegenden Gerechtigkeitsskeptizismus ist und insoweit der nietzscheanischen Grundposition zugerechnet werden kann. Dieser Gerechtigkeitsskeptizismus ist nicht für jede Systemtheorie des Rechts zwingend[54], prägt aber jedenfalls die Theorie *Luhmanns.*

V. Theorie der Postmoderne (K.-H. Ladeur)

Die postmodernen Gegenentwürfe zum Projekt der Aufklärung sind so vielfältig, daß sich eine gemeinsame Charakterisierung weitgehend verbietet. Verbunden werden die Theorien aber durch eine allgemeine Vernunftskepsis[55]. Zur Illustration der Vernunft- und Gerechtigkeitsskepsis kann hier die postmoderne Rechtstheorie dienen, die *Ladeur* auf der Grundlage facettenreicher postmoderner und poststrukturalistischer Kritiken (*J. Derrida*[56], *J.-F. Lyotard*[57], *P. Ricœur*[58]) in Anlehnung an autopoie-

---

48 *N. Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1969), S. 124; gegen die Sinnhaftigkeit einer solchen »symbolischen« Funktion des Verfahrens, in der Richtigkeits- und Gerechtigkeitsansprüche aufgegeben werden *G. Zimmer,* Funktion – Kompetenz – Legitimation (1979), S. 259 mit Fn. 42.

49 Vgl. die Kritik bei *J. Schaper,* Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens (1985), S. 226 f.

50 *J. Heidorn,* Legitimität und Regierbarkeit (1982), S. 118.

51 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 183.

52 Vor allem bei *J. Esser,* Vorverständnis und Methodenwahl (1970), S. 201 ff. (207: »peinliche Verzerrung der Wirklichkeit«), aber etwa auch bei *R. Zippelius,* Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat (1981), S. 87 ff.; *ders.,* Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft (1996), S. 87 ff.; *R. Dreier,* Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems (1974), S. 194 ff. (aus Sicht der Rechtstheorie).

53 Vgl. *R. Zippelius,* Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat (1981), S. 84 ff. (87) – Unterscheidung der 'Legitimation' und 'Legitimität' in den normativen Wissenschaften von derjenigen in der Soziologie.

54 Z.B. vertritt *G. Teubner,* Recht als autopoietisches System (1989) eine systemtheoretische Position, die nicht gleichermaßen gerechtigkeitsskeptisch ist wie diejenige *Luhmanns;* vgl. *G. Teubner,* Alter Pars Audiatur (1996), S. 218: »Eine Rechtsordnung stellt sich in dem Ausmaße der Herausforderung der Gerechtigkeit, als sie nicht nur die interne Konsistenz des Rechts erwirklichte, sondern zugleich die Eigenrationalität der anderen beteiligten Diskurse rechtsintern adäquat zu rekonstruieren versuchte.«

55 *W. Reese-Schäfer,* Grenzgötter der Moral (1997), S. 41 – postmoderne Theorien als »Feld von letztlich irrationalistischen Ethikbegründungen«; vgl. außerdem *ders.,* Was bleibt nach der Dekonstruktion? (1998), S. 143 f., 157 ff. Zur Kontingenz aller Gerechtigkeitskonzeptionen etwa *R. Rorty,* Kontingenz, Ironie und Solidarität (1989), S. 12 ff.

56 Vgl. etwa *J. Derrida,* Force de loi (1990), S. 971 – Gerechtigkeit sei selbst für die, die an sie glauben, nicht erkennbar; S. 947 – Gerechtigkeit als eine Erfahrung, die nicht erfahrbar sei. Vgl. dazu *S.K. White,* Political Theory and Postmodernism (1991), S. 115 f.

tische (*H.R. Maturana/F.J. Varela*[59]), systemtheoretische (*N. Luhmann*[60], G. *Teubner*[61]) und ordoliberale (*F.A. Hayek*[62]) Theorien entwickelt hat.

Nach *Ladeur* wird die Idee einer 'Universalität der Vernunft' durch die Vorstellung von einer Vielfalt gesellschaftlicher Beziehungsnetzwerke ersetzt[63]. Die »auf dem klassischen Subjekt aufbauende Vernunftordnung« geht in dem neuen Chaos der Systemvielfalt unter[64]. Es gibt keine gemeinsamen normativen Projekte mehr, sondern nur noch ein zwischen den Individuen 'zerstreutes Orientierungswissen'[65], das Ausdruck einer 'transversalen, relationalen Vernunft' sei[66]. Aus dem Deutungsmuster der 'Autopoiesis sozialer Systeme' (*N. Luhmann*) folge, daß auch das Rechtssystem seine Selbstorganisation nicht unter Rückgriff auf eine 'universelle Vernunft' betreibe[67], sondern vielmehr aus einer 'Selbstinterpretation' heraus bestehe, die einen kreativen, experimentellen und generativen Charakter habe[68].

Die postmoderne Rechtstheorie *Ladeurs* ist keine Gerechtigkeitstheorie, auch keine prozedurale. *Ladeur* betont selbst, daß die von ihm untersuchte Prozeduralisie-

---

57 Vgl. vor allem das für den philosophischen Postmodernismus geradezu programmatische Werk von *J.-F. Lyotard,* La Condition postmoderne (1979). Abschwächend dazu *ders.,* Die Aufklärung (1988), S. 103 ff. – Vernunft solle nicht geleugnet, sondern nur in den Plural gesetzt werden. Grundlegend vernunftkritisch bereits *ders.,* Das postmoderne Wissen (1979), S. 187 f. – Beliebigkeit der Wissenschaftlichkeitsregeln ('Metapräskriptiven') und der Legitimationserzählungen. Zur Philosophie *Lyotards: W. Reese-Schäfer,* Lyotard zur Einführung (1988), S. 7 ff., 75 ff.; *ders.,* Grenzgötter der Moral (1997), S. 465 ff. – pluralistische Gerechtigkeit; *W. Welsch,* Unsere postmoderne Moderne (1987), S. 31 ff., 169 ff., 227 ff. – Genealogie, Programmatik, Gerechtigkeitskonzeption; *ders.,* Vernunft (1995), S. 305 ff. – Vernunftverwirrung.

58 Vgl. *P. Ricœur,* Soi-même comme un autre (1990), S. 230, 274; allgemein zum postmodernen Rechtsverständnis: *T.R. Kearns/A. Sarat,* Legal Justice and Injustice (1996), S. 6 f.

59 Vgl. dazu *H.R. Maturana/F.J. Varela,* Der Baum der Erkenntnis (1984), S. 7 ff. (9) – Versuch, lebende Systeme als Prozeß zu verstehen; S. 227 f. – Sprache als Selbstbeschreibung; S. 258 f. – es gebe keinen festen Bezugspunkt für unsere Beschreibung, sondern nur »Mechanismen der Erzeugung unserer selbst als Beschreiber und Beobachter«.

60 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 107 ff. Dazu oben S. 148 (Theorie der sozialen Systeme).

61 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 112 – Bezugnahme auf den Gedanken selbstreferentieller Systemkomponenten (Struktur, Prozeß, Identität u.v.m.) bei *G. Teubner,* Recht als autopoietisches System (1987), S. 44 f., 49.

62 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 194, 202. Dazu oben S. 146 (Theorie der spontanen sozialen Ordnung).

63 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 83, sowie S. 167 – Pluralität der gesellschaftlichen (und natürlichen) Umwelten.

64 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 85, sowie S. 105 – 'Chaos' als Generator neuer Möglichkeiten der Nutzung verteilten Wissens.

65 Vgl. *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 95 – Dort in Abgrenzung von der »Habermasschen Lesart der kommunikativen Rationalität«, die Autonomie »normativ als gemeinsames Projekt« verstehe und damit den wahren Charakter der Kollektivität verfehle.

66 Vgl. *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 107 – neuer Vernunftbegriff; S. 103 – eigenständige, 'relationale' Logik der (Selbst-)Beobachtung.

67 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 110.

68 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 168 – Unter Abgrenzung gegenüber *Teubners* Vorstellung eines 'internen Steuerungsprogramms'.

rung »keine Annäherung an die Wahrheit und Richtigkeit des Rechts« bedeutet[69]. Die Kommunikation wird nicht als Verfahren zur Erkenntnis der praktischen Richtigkeit, sondern ausschließlich als eine unzielgerichtete 'Cocktail-Party' mit Zufallsergebnissen verstanden[70].

VI. Ergebnisse

Die Theorien der nietzscheanischen Grundposition verbindet eine grundlegende Gerechtigkeitsskepsis. Ihr Credo ist, daß Gerechtigkeit inhaltlich nicht begründet werden kann. Soweit die Theorien auf Verfahren setzen, um Entscheidungen über Handlungsweisen herbeizuführen, wird diesen Verfahren keine gerechtigkeitsbegründende Wirkung zugeordnet; diese sind vielmehr bloß Mittel zur Erreichung eines nichtprozedural bestimmten Zwecks (Toleranz bei *Kelsen*, spontane soziale Ordnung bei *Hayek*[71] und *Ladeur*[72], Akzeptanz bei *Luhmann*).

B. Theorien der aristotelischen Grundposition (Konzeption des Guten)

I. Charakteristika

Der politischen Philosophie in der aristotelischen Tradition ist eigentümlich, daß sie eine bestimmte Konzeption des guten Lebens für allgemeinverbindlich hält und die praktische Richtigkeit danach bestimmt, ob ein Handeln das vorgegebene Ziel des guten Lebens (teleologisch) fördern kann[73]. Das Handeln ist also nicht um seiner selbst willen gesollt und deshalb (deontologisch) richtig, sondern Richtigkeit definiert sich (axiologisch) in Abhängigkeit von dem als wertvoll erkannten 'Guten'[74].

---

69 *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 212.

70 Vgl. *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 93 – Bezugnahme auf *Varela.*

71 Vgl. *S. Brittan,* Role and Limits of Government (1983), S. 53 – Nicht nur das ordoliberale Verfahrensmodell, sondern auch die individuelle Freiheit, die zu dessen Funktionieren gewährleistet werden müsse, sei bei *Hayek* instrumentell.

72 Das gilt jedenfalls für das Verständnis des Marktes als eines 'Entdeckungsverfahrens'; vgl. *K.-H. Ladeur,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 194, 202 – Bezugnahme auf *Hayek.*

73 So z.B. *A. MacIntyre,* Whose Justice? Which Rationality? (1988), S. 2: »[T]o be practically rational ... is to act in such a way as to achieve the ultimate and true good of human beings«. Vgl. *H. Schnädelbach,* Was ist Neoaristotelismus? (1986), S. 51 (Realisierung des Guten in der Welt). Zur teleologischen Orientierung in der aristotelischen Ethik im Gegensatz zur deontologischen Orientierung in der Diskursethik siehe *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 36.

74 Vgl. *Aristoteles,* Nikomachische Ethik, I 1 (1094a 1-3), wonach das Gute das ist, nach dem alles Handeln strebt. Zum Gegensatz von teleologisch-axiologischen und deontologischen Theorien vgl. *D. Lyons,* Forms and Limits of Utilitarianism (1965), S. vii: »*Teleologists* claim that the rightness of acts depends solely ... upon their contribution towards intrinsically good states of affairs. ... Deontologists deny this; they maintain that ... right acts, regardless of their good or bad effects, must conform to moral rules.« (Hervorhebung bei *Lyons*); *P. Ricœur,* Soi-même comme un autre (1990), S. 230: »Est-ce bien encore du plan éthique et téléologique, et non moral et déontologique, que relève le sens de la justice?«

Durch die inhaltlichen Ziele werden Theorien der aristotelischen Grundposition insgesamt zu *substantiellen* Theorien, die sich in der Gerechtigkeitsbegründung grundlegend von den *prozeduralen* Theorien der hobbesianischen und kantischen Grundposition unterscheiden[75]. Von den Theorien der nietzscheanischen Grundposition grenzen sie sich dadurch ab, daß sie praktische Richtigkeit überhaupt für begründbar halten und insofern keinem Gerechtigkeitsskeptizismus huldigen.

Was hier als aristotelische Grundposition bezeichnet ist, wird in der englischsprachigen Literatur gelegentlich mit dem Begriff des *Konsequentialismus* (*consequentialism*) erfaßt. Der Begriff steht indes in uneinheitlichem Gebrauch. In der Regel wird damit die Zielorientiertheit des Utilitarismus verallgemeinert[76]. Dadurch ist letztlich, wie hier, eine *Verbindungslinie zwischen Utilitarismus und Kommunitarismus* hergestellt und deren Ähnlichkeit zu ontologischen Naturrechtslehren aufgezeigt[77]. Konsequentialismus in diesem Sinn umfaßt jede teleologische oder axiologische Konzeption der praktischen Vernunft (im Gegensatz zu deontologischen Konzeptionen), fragt also immer nach der Förderung einer kollektiven Konzeption des Guten, beim Paradebeispiel des Utilitarismus nach der kollektiven Nutzenmaximierung[78]. Konsequentialismus ist nicht auf Utilitarismus beschränkt[79] und erfordert auch nicht, daß *jeder* erdenkliche Lebensbereich einem Primat des Gemeinwohls untersteht[80]; man kann eine politische Gerechtigkeitstheorie der aristotelischen Grundposition

---

75 Dazu oben S. 139 ff. (Grenzziehung zwischen materialen und prozeduralen Theorien).

76 Vgl. *J.L. Mackie,* Can There Be a Right-Based Moral Theory (1978), S. 168: »We are familiar with goal-based or consequentialist moral views and with duty-based or deontological ones«; *D. Parfit,* Reasons and Persons (1984), S. 24: »[There] are different versions of *Consequentialism,* or *C.* C's *central claim* is (C1) There is one ultimate moral aim: that outcomes be as good as possible.«; *S. Scheffler,* Rejection of Consequentialism (1994), S. 167: »Consequentialists hold that the right act in any situation is the one that will produce the best overall outcome«. *Scheffler* versteht *'consequentialism'* an anderer Stelle allerdings enger als in dieser Definition; vgl. ebd., S. 2. Außerdem *S. Kagan,* Normative Ethics (1998), S. 59 ff. (63) – universalistischer und individualistischer Konsequentialismus.

77 Zur Parallele zwischen Utilitarismus und ontologischer Naturrechtslehre vgl. etwa *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 76: »Although utilitarianism and Thomism differ substantively at almost every point, they agree that justice and morality are cut from the same cloth. ... In both cases, we start with a conception of the good that is to be achieved, as far as possible. We then assess potential rules of justice by their conduciveness to the achievement of that good. Principles of justice have a purely derivative status: they function as guides to the selection of appropriate rules.«

78 *S. Kagan,* Normative Ethics (1998), S. 63 – universalistischer und individualistischer Konsequentialismus: »A common proposal is to call all such theories *teleological.*« (Hervorhebung bei *Kagan*). Zum Gegensatz von teleologischen/axiologischen zu deontologischen Konzeptionen *D. Lyons,* Forms and Limits of Utilitarianism (1965), S. vii; *S. Scheffler,* Rejection of Consequentialism (1994), S. 2: »In contrast to consequentialist conseptions, standard deontological views maintain that it is sometimes wrong to do what will produce the best available outcome overall.« Vgl. unten S. 167 ff. (hobbesianische Grundposition), S. 198 ff. (kantische Grundposition).

79 Anders *S. Scheffler,* Rejection of Consequentialism (1994), S. 2 ff. – Konsequentialismus sei nur *Handlungs*konsequentialismus im Sinne des Handlungsutilitarismus (*act utilitarianism*).

80 So aber das andere Begriffsverständnis bei *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 23: »There is, however, a system according to which duty extends to all areas of life, even including the choice of friends. This is consequentialism, understood here as the doctrine that everyone has a duty to perform at each moment the action that will, in his estimation, maximize the total amount of good in the universe.«

entwerfen, *ohne* den Kreis der geforderten Handlungen auf private Lebensbereiche (z.B. 'gute' Wahl von Freunden, 'gute' Erziehung von Kindern) zu erstrecken. Abzugrenzen ist der Konsequentialismus dagegen von *individueller* Nutzenmaximierung, denn soweit Eigennutz über Gemeinnutz gestellt wird, ist das ein Charakteristikum der hobbesianischen, nicht der aristotelischen Tradition[81].

II. Theorien des (ontologischen) Naturrechts

Naturrechtslehren wurden bereits dadurch gekennzeichnet, daß sie ein Bekenntnis zu einer bestimmten Konzeption des Guten enthalten[82]. Damit sind sie gleichzeitig Gerechtigkeitstheorien der aristotelischen Grundposition. Für sie ist genau das Handeln richtig und gerecht, das die vorgefaßte Konzeption des Guten zu fördern vermag. Am deutlichsten ist dies bei den Religionslehren[83]. Ihr Gerechtigkeitsverständnis orientiert sich an Glaubenszielen, die nicht der Erkenntnis zugänglich sind, sondern nur durch ein Bekenntnis subjektiv verbindlich werden können. Aber nicht nur Religionslehren weisen diesen Zusammenhang zwischen Bekenntnis und Zielorientierung auf. Auch die Marxistisch-Leninistische Ideologie mit ihrem kommunistischen Gesellschaftsideal enthält einen Absolutheitsanspruch ihrer Ziele, der mit Recht als Parallele zu den Religionslehren identifiziert wurde[84].

III. Theorien des Utilitarismus

Utilitarismus wählt im Gegensatz zu Naturrechtslehren ein *formales* Kriterium der Ergebnisgerechtigkeit als vorgegebenen, absoluten Maßstab: das größte Glück der größten Zahl. Die Besonderheit des Utilitarismus liegt nicht in der Nutzenmaximie-

---

81 Dazu unten S. 167 ff. (hobbesianische Grundposition). Eindringlich zur Abgrenzung utilitaristischer von sowohl hobbesianischer als auch kantischer Normbegründung *R.B. Brandt,* The Concept of Rationality in Ethical and Political Theory (1977), S. 272 ff.

82 Dazu, daß Naturrechtslehren hier immer als solche im engeren Sinn verstanden sind, also als ontologische Naturrechtslehren, siehe oben S. 89 (Naturrechts- und Vernunftrechtslehren).

83 Zur Ähnlichkeit der naturrechtlichen und theologischen Gerechtigkeitsbegründung vgl. *L. Müller,* Islam und Menschenrechte (1996), S. 102: »Wir haben festgestellt, daß die Funktion sowohl der naturrechtlichen als auch der theologischen Begründung von Recht ein- und dieselbe ist, nämlich die, bestimmte Rechtsinhalte auf einer metarechtlichen Ebene zu verwurzeln. Dadurch sollen sie menschlicher Disposition entzogen werden. Jedenfalls insoweit weisen naturrechtliche und theologische Begründungsversuche keine Unterschiede auf«.

84 *J.A. Schumpeter,* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1942), S. 19: »In einer wichtigen Hinsicht *ist* der Marxismus Religion. Dem Gläubigen bietet er erstens ein System von letzten Zielen, die den Sinn des Leben[s] enthalten und absolute Maßstäbe sind, nach welchen Ereignisse und Taten beurteilt werden können; und zweitens bietet er sich als Führer zu jenen Zielen, was gleichbedeutend ist mit einem Erlösungsplan und mit der Aufdeckung des Übels, von dem die Menschheit oder ein auserwählter Teil der Menschheit erlöst werden soll.« (Hervorhebung bei *Schumpeter*). Als nichtmarxistischer Sozialist konnte *Schumpeter* diese Aussage nicht unparteiisch treffen; inhaltlich zutreffend ist sie gleichwohl. Parallelisierung von religiösem Naturrecht und Marxismus auch bei *H. Klenner,* Über die vier Arten von Gerechtigkeitstheorien gegenwärtiger Rechtsphilosophie (1995), S. 140 f.

rung – insoweit gibt es eine Übereinstimmung mit den Theorien zur Optimierung des *individuellen* Nutzens in der hobbesianischen Grundposition –, sondern vielmehr darin, daß der größte Gesamtnutzen zu einem kollektiven Ziel erklärt wird. Durch dieses Ziel, und sei es bloß formal, gehören utilitaristische Theorien zur aristotelischen Grundposition[85].

Schon unter den Klassikern des Utilitarismus (*J. Bentham, J.S. Mill, H. Sidgwick*)[86] ist das Spektrum der utilitaristischen Einzelansätze so breit, daß eine Gesamtdarstellung oder gar Gesamtwiderlegung wenig aussichtsreich erscheint[87]. Bereits mit dem Übergang von *Bentham* auf seinen Schüler *Mill* beginnt ein Utilitarismus der zweiten Generation[88]. Die zunehmende Ausdifferenzierung utilitaristischen Gedankenguts macht jede vereinheitlichende Darstellung spätestens seit der Überwindung des Handlungsutilitarismus (*act utilitarianism*) durch den Regelutilitarismus (*rule utilitarianism*) unmöglich[89]. Es seien deshalb als Beispiele nur zwei aktuelle Modelle der utilitaristischen politischen Philosophie erwähnt.

---

85 Vgl. *D. Lyons,* Forms and Limits of Utilitarianism (1965), S. vii – Utilitarismus als teleologische Theorie der Richtigkeit; besonders deutlich *P. Ricœur,* Soi-même comme un autre (1990), S. 230: »tradition téléologique, incarnée par l'utilitarisme«; sowie S. 267: »L'utilitarisme est en effet une doctrine téléologique, dans la mesure où il définit la justice par la maximisation du bien pour le plus grand nombre.«

86 Differenzierend zu Hauptvertretern des Utilitarismus *D. Lyons,* In the Interest of the Governed (1973), S. 21 ff. – bereits *Mill* habe Utilitarismus *universell* verstanden und damit anders als *Bentham.* Vgl. auch *R.B. Brandt,* Ethical Theory (1959), S. 396 – Grundlagen des Regelutilitarismus schon bei *Mill,* nicht aber bei *Bentham*.

87 Dennoch gibt es Versuche einer allgemeinen Widerlegung; vgl. etwa *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 28, S. 167 ff. (difficulties with average utility); *D. Parfit,* Reasons and Persons (1984), S. 24 ff. (how consequentialism is indirectly self-defeating). Differenzierter *S. Scheffler,* Rejection of Consequentialism (1994), S. 20 (Formulierung einer 'hybriden' Theorie): »More specifically, I believe that a plausible agent-centred prerogative would allow each agent to assign a certain proportionately greater weight to his own interests than to the interests of other people. I would then allow the agent to promote the non-optimal outcome of his choosing«. Dazu unten S. 269 (Kritik des Utilitarismus).

88 Zu den Unterschieden, schon den Vertretern des *klassischen* Utilitarismus, siehe oben Fn. 86, sowie *W. Lasars,* Die klassisch-utilitaristische Begründung der Gerechtigkeit (1982), S. 24 ff. Zu den Entwicklungslinien der utilitaristischen Ideengeschichte von *Bentham* über *Mill* und *Sidgwick* bis zu *Moore* siehe *A. Ross,* Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis (1933), S. 119 ff.

89 Unterscheidung mit diesen Begriffen erstmals bei *R.B. Brandt,* Ethical Theory (1959), S. 380 ff., 413 ff. (380): »[H]edonistic utilitarianism and ideal utilitarianism. These two forms of universal result theory ... we shall group together unter the title of 'act-utilitarianism.'« Sowie ebd., S. 413: »[T]he thesis of rule utilitarianism is, roughly, that an act is a persons's duty if and only i[f] it is required by the ideal rules for his community – those the conscientious following of which would have maximum net expectable utility.« Zur genauen Differenzierung zwischen verschiedenen Formen des Handlungs- und Regelutilitarismus *D. Lyons,* Forms and Limits of Utilitarianism (1965), S. 8 ff., 121 ff. (9): »Roughly speaking ..., Act-Utilitarianism is the theory that one should always perform acts the effects of which would be at least as good as those of any alternative. These are right actions; all others are wrong. It is one's duty, or over-all obligation, to perform right acts only; and thus if one act has the best consequences, that act is *the* thing to be done.« (Hervorhebung bei *Lyons*).

Zu den gegenwärtig vertretenen Theorien, die einen Utilitarismus um normative Beschränkungen ergänzen, gehört der 'Gerechtigkeitsutilitarismus' von *Trapp*[90]. Auch hier werden die Präferenzen der Einzelnen in die Gesamtheit der individuellen Nutzenfunktionen eingerechnet[91]. In der Entscheidungsfindung über die Handlungsweise mit dem größten Gesamtnutzen sollen dabei auch *moralische Präferenzen* eingehen, also etwa die individuelle Befriedigung, die eine Person daraus zieht, daß sie sich wohltätig verhält[92]. Zu einem normativ angereicherten 'Gerechtigkeitsutilitarismus' wird das Kalkül spätestens dadurch, daß bestimmte Präferenzen, etwa Sadismus, als illegitim ausgeschlossen werden[93].

Der entscheidungstheoretische[94] Utilitarismus *Harsanyis* versucht, zwei Grundprobleme des klassischen Utilitarismus zu überwinden: den Einzelaktbezug und die interpersonalen Nutzenvergleiche. Als Regelutilitarismus anerkennt die Theorie den einzelaktunabhängigen Nutzen, den Personen einem System von individuellen Rechten und Pflichten zuweisen[95]. Es soll ihnen dadurch möglich sein, moralische Prinzipien aus Eigennutz anzuerkennen (*moral commitment*), selbst wenn sie im einzelnen Anwendungsfall einmal nicht nützlich sein sollten. Das Nutzenkalkül will *Harsanyi* plausibler machen, indem er (in Anknüpfung an die kardinalen Nutzenfunktionen der Spieltheorie) die Interaktionspartner den Nutzen anderer aus *deren* Sicht (nicht aus der eigenen) einschätzen läßt[96]. Interpersonale Nutzenvergleiche werden so durch ein Verfahren ersetzt, das dem Abgleich unterschiedlicher Handlungsstrategien in der Spieltheorie entspricht. Für eine Gerechtigkeitskonzeption ist es dann nicht mehr nötig, einen interpersonal gültigen Maßstab für Nutzen festzulegen[97].

Beide Beispiele zeigen, wie der klassische Utilitarismus zu einer modernen Gerechtigkeitstheorie weiterentwickelt werden kann. Doch bleiben sie dabei stets dem Ziel verhaftet, daß die Legitimation im größten Glück der größten Zahl liegt. Dieses

---

[90] *R. Trapp,* 'Nicht-klassischer' Utilitarismus (1988), S. 297 ff.

[91] *R. Trapp,* 'Nicht-klassischer' Utilitarismus (1988), S. 292 ff. – individuelle Interessen.

[92] Vgl. *R. Trapp,* 'Nicht-klassischer' Utilitarismus (1988), S. 311 – summum bonorum; S. 323 – angenommene Präferenzen.

[93] *R. Trapp,* 'Nicht-klassischer' Utilitarismus (1988), S. 323 ff. (324) – »ethischer Filter«; der Gerechtigkeitsutilitarismus sei »axiologisch nicht autark«.

[94] Vgl. unten S. 174 – *Harsanyis* Verbindung von Entscheidungstheorie und Utilitarismus impliziert nicht, daß Entscheidungstheoretiker generell zum Utilitarismus neigen. Ohne moraltheoretische Zusätze bleiben solche Theorien vielmehr Mikrotheorien, die allenfalls den Makrotheorien des neohobbesianischen Sozialvertrags zuzuordnen sind. *Harsanyi* ist in seinen moralischen Theorieerweiterungen unter den Entscheidungstheoretikern eine Ausnahme; vgl. *D. Gauthier,* On the Refutation of Utilitarianism (1982), S. 144 ff. – utilitaristische Theorien von *Bentham* bis *Harsanyi* seien inkompatibel mit der Konzeption praktischer Vernunft in Entscheidungstheorien.

[95] *J.C. Harsanyi,* Morality and the Theory of Rational Behaviour (1977), S. 56 ff.; *ders.,* Rule Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior (1980), S. 115: »The most important advantage that rule utilitarianism as an ethical theory has over act utilitarianism lies in ist ability to give full recognition to the moral and social importance of individual *rights* and personal *obligations.*« (Hervorhebung bei *Harsanyi*).

[96] Vgl. *J.C. Harsanyi,* Maximin Principle (1975), S. 600: »Consequently, vNM [von Neumann-Morgenstern] utility functions have a completely legitimate place in ethics because they express the subjective importance people attach to their vaious needs and interests.«

[97] Vgl. *J.C. Harsanyi,* Maximin Principle (1975), S. 600 – Beispiel zum *'concept of justice'*.

Ziel ist nicht mehr durch Verfahren begründet. Deshalb handelt es sich nicht um prozedurale Gerechtigkeitstheorien, sondern um solche der aristotelischen Grundposition.

IV. Theorien des Kommunitarismus

Unter den gegenwärtig diskutierten Theorien mit aristotelischer Grundposition sind vor allem diejenigen des Kommunitarismus (*communitarianism*) herauszustellen[98], deren Kernaussage die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums ist: Das Individuum findet seinen Lebenssinn und seine Würde vollständig erst durch die Einbindung in die Gemeinschaft[99]. Dadurch grenzt sich der Kommunitarismus von allen individualistischen Strömungen ab, die ihren Ausdruck vor allem in Vertragstheorien gefunden haben[100]. Denn aristotelische Tugendhaftigkeit richtet sich laut kommunitaristischer Deutung nicht allein nach der je eigenen (subjektiven) Konzeption des Guten, sondern danach, was für den einzelnen (objektiv) »als Mensch wirklich gut ist«[101]. Damit verbunden ist eine tendenziell positive Anschauung von sozialer Ordnung als einem für die individuelle Freiheit nicht nur bedrohlichen, sondern diese Freiheit für den Menschen als *zoon politikon* erst ermöglichenden Gebilde[102]. Insoweit gibt es eine Verwandtschaft zu *Hegels* polititischer Philosophie und seinem Begriff der Sittlichkeit[103]. Man könnte, da es für die hier vorgenommene Klassifizierung letztlich nur auf das Charakteristikum des Eigenwertes einer durch Gesellschaft und Staat verkörperten *Traditionsgemeinschaft* ankommt, beim Kommunitarismus auch von einer 'hegelianischen Grundposition' sprechen[104]. Allerdings hat sich *MacIntyre* als wohl bekanntester Vertreter des Neoaristotelismus[105] ohne An-

---

98 Zur Zuordnung des Kommunitarismus zur aristotelischen Tradition auch *H. Brunkhorst*, Demokratie als Solidarität unter Fremden (1996), S. 21.

99 *C. Taylor*, Quellen des Selbst (1994), S. 72 f. Vgl. die Begriffsbestimmung bei *W. Reese-Schäfer*, Rezeption des kommunitarischen Denkens (1996), S. 3: »Das kommunitarische Projekt ist der Versuch einer Wiederbelebung von Gemeinschaftsdenken unter den Bedingungen postmoderner Dienstleistungsgesellschaften.« Treffende Gleichsetzung von 'Kommunitarismus' mit 'Gemeinschaftsdenken' auch bei *W. Brugger*, Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes (1998), S. 338 ff.

100 *V. Medina*, Social Contract Theories (1990), S. 116.

101 *A. MacIntyre*, Verlust der Tugend (1984), S. 202.

102 Vgl. *A. MacIntyre*, Verlust der Tugend (1984), S. 203; *H. Schnädelbach*, Was ist Neoaristotelismus? (1986), S. 50 (Rückbindung der Ethik an jeweils schon gelebtes Ethos), 51 (Vernunft in der Geschichte).

103 *H. Schnädelbach*, Was ist Neoaristotelismus? (1986), S. 41 f. – *Hegel* selbst als Neoaristoteliker; *V. Medina*, Social Contract Theories (1990), S. 116 ff.; *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 1 – Liberalismuskritik bei *Hegel* und im Kommunitarismus.

104 Zur Zuordnung des Neohegelianismus zum Neoaristotelismus siehe *R. Alexy*, Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft (1993), S. 12 m.w.N. Zur Entgegensetzung von hegelianischem Sittlichkeits- und kantischem Moralitätsverständnis siehe beispielsweise *F.J. Kelly*, An Analysis of Hegel's Theory of Social Morality (1998), S. 188 ff. m.w.N.

105 Nach anderer Einschätzung kommt *Charles Taylor* die Ehre des »führenden kommunitarischen Philosophen« zu und ist *Amitai Etzioni* maßgeblich für die Begründung der kommunitarischen 'Plattform' gewesen; *W. Reese-Schäfer*, Rezeption des kommunitarischen Denkens (1996), S. 4. Vgl. unten S. 167 (Einschätzung des Kommunitarismus im Ergebnis). Wie hier für einen qualitativen

knüpfung an *Hegel* direkt auf *Aristoteles* als »Vertreter einer langen Tradition«[106] gestützt und so für den Kommunitarismus die Entgegensetzung von kantischer und aristotelischer Grundposition in der anglo-amerikanischen Literatur etabliert[107].

Es gibt einige gemeinsame Merkmale der kommunitaristischen Theorien. Zunächst wenden sich alle Vertreter des Kommunitarismus kritisch gegen den in der westlichen politischen Philosophie dominierenden Liberalismus[108]. Als politische, soziologische und philosophische Denkrichtung hat sich der Kommunitarismus erst durch seine Kritik am Liberalismus konstituiert – die Kritik ist der gemeinsame Nenner der sonst sehr unterschiedlichen Vertreter[109]. *Charles Taylor* hat für die gegenwärtige Philosophie in den Vereinigten Staaten treffend von einem liberalistischen Lager (*'Team L'*) mit *J. Rawls, R. Dworkin, T. Nagel* und *T.M. Scanlon* und einem kommunitaristischen Lager (*'Team K'*) mit *M.J. Sandel, A. MacIntyre* und *M. Walzer* gesprochen[110]. In der kommunitaristischen Kritik am Liberalismus lassen sich heute vier Elemente unterscheiden, die mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung in allen Theorien vertreten werden[111]:

1. die Kritik am atomistischen Personenkonzept;
2. die Kritik an der fehlenden integrativen Kraft individualistischer Gesellschaftstheorien;
3. die Kritik am Neutralitätsanspruch des Liberalismus und
4. die Kritik am Universalismus in Moraltheorien[112].

Über die Ideengeschichte des Kommunitarismus, also über Herkunftslinien jenseits der in der 80er Jahren festzustellenden Herauskristallisierung als Strömung, herrscht

---

Neubeginn der Liberalismuskritik *Taylors* mit *MacIntyre* auch *H. Brunkhorst*, Demokratie als Solidarität unter Fremden (1996), S. 21.

106 *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 197.

107 *MacIntyre* sieht die ideengeschichtliche Verbindung *Hegels* zu *Platon* und *Aristoteles* zwar, hält die politische Philosophie *Hegels* aber in entscheidenden Punkten für »wenig überzeugend« und »außerordentlich schlecht begründet«: *A. MacIntyre,* A Short History of Ethics (1966), S. 199 ff., 208 ff. (209). Zur Abgrenzung von *Nietzsche* vor allem die beiden Kapitel zu 'Nietzsche oder Aristoteles?' in *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 149 ff., 341 ff.

108 So auch *H. Joas*, Vorgeschichte der Kommunitarismus-Diskussion (1993), S. 50.

109 A.A. offenbar *W. Brugger,* Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes (1998), S. 344 mit Fn. 24, S. 346 f., 349 ff. Die von ihm entworfene »idealtypische Skizze« läßt bezeichnenderweise offen, ob es für einen »universalistischen« oder »liberalen Kommunitarismus« überhaupt Vertreter gibt, die »dem diskutierten Kommunitarismustyp zugerechnet werden« können; siehe ebd., S. 344 mit Fn. 24. Jedenfalls bezüglich der anglo-amerikanischen Diskussion erscheinen die geschilderten Mischformen gerade nicht »typisch« für kommunitaristisches Gedankengut.

110 *C. Taylor,* Aneinander vorbei (1993), S. 103. Den Kommunitaristen ist außerdem *Taylor* selbst zuzurechnen.

111 Vgl. *R. Forst*, Kommunitarismus und Liberalismus (1993), S. 183 ff. Eine andere Charakterisierung durch vier »Kernpunkte« (Gruppenabgrenzung, Gruppenzugehörigkeit, Pluralismus, anthropologisch-sozialtheoretische Ausrichtung) findet sich bei *W. Brugger,* Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes (1998), S. 340 ff.

112 Wenn im Zusammenhang mit dem Kommunitarismus gelegentlich von 'Universalität' gesprochen wird, dann ist damit eine andere gemeint als die in der kantischen Tradition – eine 'perspektivische Universalität'; *M. Fisk,* Justice and Universality (1995), S. 227 ff.

Einigkeit nur insoweit, als Ursprünge bei *Hegel* anzusiedeln sind[113]. Insbesondere die erste der oben erwähnten Gemeinsamkeiten steht in der direkten Nachfolge von *Hegels* Auffassung über das sittlich situierte Selbst[114]. *Walzer* bringt es auf den Punkt, wenn er meint, Menschen ohne Sozialbindung seien keine Menschen, sondern »mythische Figuren«[115]. *Sandel* konkretisiert: in das Personenkonzept müsse auch die konkrete Einbettung von Individuen in ihre verschiedenen gemeinschaftlichen Verhältnisse einbezogen werden, also die Zugehörigkeit zur Stadt- oder Dorfgemeinschaft, zu Familie, Klasse, Nation oder Volk[116]. Zugespitzt auf eine *Hegel/Kant*-Dichotomie könnte man sagen: Der Kommunitarismus betont die Sittlichkeit im Sinne einer sozialüblichen Moralität und kommt dadurch zu einer Moral partikulärer Bindungen[117], wohingegen der Liberalismus nach den unparteiischen Prinzipien einer universellen Moral sucht[118].

1. *Epistemologischer Kommunitarismus (M.J. Sandel)*

Abgesehen von der gemeinsamen Frontenstellung gegen den Liberalismus haben die Positionen innerhalb des kommunitaristischen Lagers nicht viel gemein. Eine verbindende Rolle unter den verschiedenen Spielarten des Kommunitarismus spielt allein *Sandel*, dessen 1982 vorgelegte *Rawls*-Kritik[119] erst die lebhafte Diskussion auslöste, die später zum Kristallisationspunkt all jener Auffassungen wurde, die unter dem Oberbegriff 'Kommunitarismus' (*communitarianism*) firmieren. Zwar war auch schon vor 1982 der Personenbegriff bei *Rawls* kritisiert worden, aber erst *Sandel* hat die Theorie vermittels einer Kritik ihres Menschenbildes *grundsätzlich* in Frage gestellt[120].

Der Kommunitarismus *Sandels* findet seinen Ausgangspunkt in der Selbsterkenntnis des Menschen als Gemeinschaftswesen und kann deshalb schlagwortartig als 'epistemologisch' bezeichnet werden[121]. In seinem Schlüsselargument zur Gemeinschaftsgebundenheit des Menschen stellt *Sandel* den bei *Rawls* herausgearbeite-

---

113 Nicht zufällig finden sich ausgerechnet Personen wie *Charles Taylor* – in den USA bekannt durch seine *Hegel*-Monographie – im kommunitaristischen Lager; vgl. *A. Honneth*, Individualisierung und Gemeinschaft (1994), S. 17. Zur Bedeutung von *Aristoteles* und *Hegel* für den Kommunitarismus auch *M. Sandel*, Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. ix. Im übrigen wird darüber diskutiert, ob Ursprünge auch beim amerikanischen Pragmatismus von *John Dewey* oder bei *Alexis de Tocqueville* zu finden sind.

114 *R. Forst*, Kommunitarismus und Liberalismus (1993), S. 183.

115 *M. Walzer*, Die kommunitaristische Kritik am Liberalismus (1993), S. 162.

116 *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 172.

117 Vgl. *A. MacIntyre*, Ist Patriotismus eine Tugend? (1993), S. 102.

118 Zur Gegensätzlichkeit von Kommunitarismus und Universalismus *H. Brunkhorst,* Demokratie als Solidarität unter Fremden (1996), S. 25 ff.

119 *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 50 ff., 122 ff.

120 Zu dieser Einschätzung *R. Forst*, Kommunitarismus und Liberalismus (1993), S. 183. Die Kritik des Personenbegriffs findet sich bei *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 47 ff. (50 ff.).

121 Zur Selbsteinschätzung *Sandels* vgl. die Ausführungen zum 'constitutive self-understanding' im Kapitel 'moral epistemology of justice': *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 168 ff. (171 f.), sowie zum 'epistemological claim' S. 182 f.

ten Gemeinschaftsverständnissen einer 'instrumental community' und einer 'sentimental community' eine dritte gegenüber. Diese 'constitutive community' zeichne sich dadurch aus, daß Menschen ihr nicht nur mehr oder weniger freiwillig angehören, sondern daß sie erst durch die vorgefundene Gemeinschaftszugehörigkeit erkennen, wer sie selbst sind[122]. Es sei ihnen nicht möglich, sich selbst unabhängig von ihrer Gemeinschaftsbindung wahrzunehmen, wie dies in jeder liberalen Gerechtigkeitsbegründung vorausgesetzt werde[123]. Weder sei der einzelne frei, sich seine Konzeption des Guten ganz unabhängig von anderen zu suchen, noch könne den anderen eine völlige Wahlfreiheit für ihre Ziele und Lebenspläne zugestanden werden, ohne damit gleichzeitig die Identität jedes Gemeinschaftsmitglieds zu beeinflussen und zu gefährden[124]. Das individualistische Menschenbild stellt sich vor diesem Hintergrund nicht als Befreiung dar, sondern raubt dem einzelnen seinen Charakter und liefert ihn der Willkür unbegrenzter Wahlfreiheit des moralischen Handelns aus[125]: Freundschaft, Güte und Liebe werden zu bloßen Instrumenten einer egozentrischen Wahl umgedeutet und dadurch entstellt[126].

Da sich *Sandels* Kommunitarismus bewußt auf die Kritik am Liberalismus konzentriert[127], ist es nicht ganz einfach, daraus auf die konkrete Gerechtigkeitskonzeption zu schließen, zu der seine Form des Kommunitarismus führen müßte. Wichtig ist zunächst, daß *Sandel* bei aller Liberalismuskritik nicht insgesamt antiliberal eingestellt ist, sondern den Liberalismus vielmehr als Projekt der Befreiung würdigt[128]. Was im Ergebnis anders ist, wenn man die liberalismusgeprägte Rechts- und Sozialordnung durch eine neue Gemeinschaftsbezogenheit uminterpretiert, indem man Universalismus durch Kontextualismus ersetzt, wird bei *Sandel*, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich dargelegt. Ein konkreter Unterschied könnte darin liegen, daß es aus kommunitaristischer Sicht beispielsweise zulässig ist, in einer Stadt pornographische Buchläden *allein deshalb* zu verbieten, weil sie gegen die Lebensweise und

---

122 Die Schlüsselstelle findet sich bei *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 150: »A theory of community whose province extended to the subject as well as the object of motivations would be individualistic in neither the conventional sense nor in Rawls'. It would ... differ from Rawls' conception in that community would describe not just a *feeling* but a mode of self-understanding partly constitutive of the agent's identity. On this strong view, to say that the members of a society are bound by a sense of community is not simply to say that a great many of them profess communitarian sentiments and pursue communitarian aims, but rather that they conceive their identity – the subject and not just the object of their feelings and aspirations – as defined to some extent by the community of which they are a part. For them, community describes not just what they *have* as fellow citizens but also what they *are,* not a relationship they choose (as in a voluntary association) but an attachment they discover, not merely an attribute but a constituent of their identity. In contrast to the instrumental and sentimental conceptions of community, we might describe this strong view as the constitutive conception.« Die Schlüsselstelle findet sich nahezu wortgleich wiederholt auch auf S. 173.

123 *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 179.

124 Vgl. *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 179.

125 *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 177 ff. (179 f.).

126 Vgl. *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 180 f.

127 So heißt es am Anfang bei *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 1.

128 Beispielsweise *M. Sandel,* Liberalism and the Limits of Justice (1982), S. 175 ff.

Werte *in dieser Stadt* verstoßen[129]. Es kommt also nicht mehr darauf an, ob eine Beschränkung individueller Rechte aufgrund universeller Erwägungen *überall* zur Zulässigkeit von Verboten führen müßte. Die konkreten Sitten bilden einen eigenständigen und unter Umständen den einzigen Grund für die Legitimität eines Verbotes. Verallgemeinert man diesen Beispielsfall, so kann man sagen, daß Kommunitaristen eher bereit sind, Individualrechte zur Wahrung traditioneller Lebensweisen und überkommener Wertvorstellungen der Gemeinschaft zu beschränken. Bei dieser Sicht der Dinge wird auch deutlich, warum kommunitaristisches Gedankengut so aktuell in die politische Diskussion Amerikas paßt, in der der Verfall von Sitten (*moral community*) und nationaler Identität (*patriotism*) beklagt wird. Abgesehen von solchen Tendenzaussagen lassen sich die kommunitaristischen Strömungen aber nicht als Einheit verstehen, sondern müssen je für sich untersucht werden.

2. *Neoaristotelischer Kommunitarismus (A. MacIntyre)*

Nach dem neoaristotelischen Kommunitarismus *MacIntyres* liegt die praktische Vernunft allein darin, einen persönlichen Standpunkt gegen Einwände durch immer bessere Gründe abzusichern, bis Unstimmigkeiten, Auslassungen und Erklärungslücken mit der Zeit verschwinden[130]. Die Bindung an einen persönlichen Standpunkt wirkt sich gesellschaftlich als Bindung an eine bestimmte Traditionsgemeinschaft aus[131]. Nur innerhalb einer solchen Traditionsgemeinschaft sei überhaupt praktische Erkenntnis möglich[132]. Wie andere Standpunkttheorien, insbesondere die schon erwähnten Beobachtertheorien, grenzt sich diese Konzeption von Vertrags- und Diskursrationalität ab. Sie erklärt jede Aussage über das richtige Handeln für persönlich befangen und kommt konsequenterweise zu dem Ergebnis, daß die Suche nach Universalität gleich welcher Art fruchtlos sei. *MacIntyre* hält deshalb den Liberalismus mit seinem Programm, universelle Vernunftprinzipien zu begründen, für gescheitert[133]. Die vom Liberalismus geltend gemachte Neutralität habe sich ungewollt selbst zu einer Tradition entwickelt, sei also nicht traditionsneutral. Da der Liberalismus nicht begründbar sei, bleibe nur die Rückbesinnung auf die politische Philosophie der aristotelischen Grundposition[134].

---

[129] So das Beispiel bei *A. Gutman*, Die kommunitaristischen Kritiker des Liberalismus (1993), S. 79, die es einer mündlichen Äußerung von *Sandel* zuweist.

[130] *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 144 f. (in Anknüpfung an das Verständnis praktischer Rationalität bei *Aristoteles*), 355 f. (für Entwicklungsstufen in der Gemeinschaft).

[131] *MacIntyre* unterscheidet beispielhaft die aristotelische, die augustinische und die calvinistische Tradition und spricht von einer »Rationalität der Traditionen«: *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 349 ff.

[132] So ausdrücklich *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 350: »[T]here is no other way to engage in the formulation, elaboration, rational justification, and criticism of accounts of practical rationality and justice except from within some one particular tradition in conversation, cooperation, and conflict with those who inhabit the same tradition.«

[133] *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 57 ff. (74). Deutlich die Worte zu Begründbarkeit und Existenz von Natur- und Menschenrechten, ebd., S. 98: »[D]ie Wahrheit ist einfach: es gibt keine solchen Rechte, und der Glaube daran entspricht dem Glauben an Hexen und Einhörner.«

[134] Vgl. *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 345: »Meine eigene Schlußfolgerung ist absolut klar. Auf der einen Seite fehlt uns trotz der Bemühungen von drei Jahrhunderten Moralphiloso-

In den Konsequenzen der Rationalitätskritik grenzt sich *MacIntyre* von Theorien der nietzscheanischen Tradition ab[135]. Die traditionsgebundene Rationalität bedeute noch nicht *Relativismus* in dem Sinne, daß zwischen rivalisierenden Traditionen keine Argumentation möglich sei und deshalb überhaupt keine rationale Begründbarkeit mehr bestehe, und auch nicht *Perspektivismus* in dem Sinne, daß man aus einer Tradition heraus keine allgemeinen Richtigkeitsansprüche erheben könne[136]. Denn die größtdenkbare Richtigkeit und Wahrheit liege nicht in der immerwährenden Korrespondenz einer Vorstellung zu Tatsachen (Korrespondenztheorie der Wahrheit), sondern allein in der gegenwärtigen und dialektisch so weit wie möglich gegen Einwände abgesicherten Behauptung[137]. Richtigkeit und Wahrheit unterliegen damit einer ständigen Entwicklung, werden innerhalb einer Tradition immer aufs Neue getestet, und können sogar dazu führen, daß eine Tradition, die sich in einer Erkenntniskrise (*epistemological crisis*) befindet, Erklärungsmodelle einer konkurrierenden Tradition übernimmt[138]. Standpunkte innerhalb einer Tradition wie auch die Traditionen selbst sind also falsifizierbar[139]. Es gibt Fortschritt in der Erkenntnis. Einzelne Behauptungen sind weder (relativistisch) alle gleich unbegründet noch (perspektivistisch) auf die Mitglieder einer Traditionsgemeinschaft beschränkt[140].

MacIntyre vertritt damit einen 'lebendigen' Traditionsbegriff, der Traditionstreue weder als Gegensatz zum Konfikt noch als solchen zur Vernunft sieht[141]. Traditionen verkörpern historisch erweiterte Argumentation und kontinuierliche Konflikte. Sie leben von der Ausübung der in ihnen relevanten Tugenden. Der anspruchsvolle Tugendbegriff läßt bereits erkennen, daß nach *MacIntyre* »moderne Politik keine Sache mit wirklichem moralischem Konsens sein kann«[142]. Zwar könne es eine traditionsgerechte und damit legitime Regierungsform geben, weil die Durchsetzung der Gesetze, die Sicherung von Großzügigkeit und Freiheit sowie die Beseitigung von Ungerechtigkeiten eine regierungsförmige Organisation erfordere. Moderne Staaten – gleich ob liberal, konservativ, radikal oder sozialistisch – drückten aber in ihren institutionellen Formen – besonders in der Billigung von Individualismus und Habsucht

---

phie und einem Jahrhundert Soziologie noch immer jede einheitliche, rational vertretbare Darlegung eines liberalen, individualistischen Standpunktes; und andererseits kann die aristotelische Tradition auf eine Weise neu formuliert werden, die die Verständlichkeit und Rationalität unserer moralischen und sozialen Haltungen und Verpflichtungen wiederherstellt.«

135 *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 353, 368.

136 Vgl. *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 352 f.

137 *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 358. Hier zeigt sich eine auffällige Übereinstimmung zum Wahrheits- und Richtigkeitsbegriff der Diskurstheorie, auf den noch einzugehen sein wird (unten S. 291 ff. – Kritik am Richtigkeitsanspruch). *MacIntyre* spricht indes nicht von diskursiver oder kommunikativer, sondern von traditionsbegründeter Erkenntnis (*tradition-constituted enquiry*, S. 360). Sie folgt dem Gedanken einer letztendlichen Wahrheit, über deren Erkennen sich der Geist nie gewiß sein kann (S. 360 f.). Vgl. unten S. 291 ff. (Kritik des Richtigkeitsanspruchs in Diskurstheorien; Korrespondenz- und Konsensustheorien).

138 *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 358 ff. (364 f.).

139 Zum hier verwendeten Falsifikationsbegriff unten S. 264, Fn. 20.

140 Vgl. *A. MacIntyre,* Whose Justice? (1988), S. 366 ff.

141 Ausführliche Abgrenzung vom Traditionsbegriffs *Burkes* in *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 296 f.

142 *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 337.

sowie in der Erhebung des Marktes zu einer zentralen sozialen Institution – eine systematische *Ablehnung von Traditionen* aus und müßten deshalb »einfach verworfen werden«[143].

3. *Multikultureller Kommunitarismus (C. Taylor)*

Der Kommunitarismus *Charles Taylors*[144], der in seinem Verständnis menschlicher Identität auch 'romantisch' genannt werden könnte[145], verdient das Attribut 'multikulturell' vor allem, weil *Taylor* zu diesem Thema, soweit ersichtlich, das detaillierteste Anwendungsbeispiel formuliert hat[146]. Die Liberalismuskritik *Taylors* richtet sich gegen die 'desengagierte Vernunft', d.h. gegen die Unterwerfung aller Gefühle und Leidenschaften unter die Vernunft, die dadurch zur alleinigen Quelle der Moral wird[147]. Desengagierte Vernunft bedeutet nach *Taylor* auch eine Anschauung des Subjekts als unsituiertes, punktförmiges Selbst. Eine solche Grundhaltung verortet er beispielsweise in den Darstellungs- und Denkfiguren der körperlosen Seele bei *Descartes,* der punktförmigen Kraft der Selbstwiederherstellung bei *Locke* und dem reinen Vernunftwesen bei *Kant*[148]. Mit der Kritik an der desengagierten Vernunft verbindet sich bei *Taylor* die entschiedene Ablehnung sowohl des Utilitarismus[149] als auch aller prozeduralen Theorien der praktischen Vernunft[150].

Taylor zeigt am Beispiel des Multikulturalismus, zu welchen Unterschieden die kommunitaristische Sichtweise gegenüber dem herrschenden Liberalismus in konkreten Fragen der sozialen Ordnung führen kann. So birgt das Eintreten für kollektive Ziele, d.h. insbesondere auch für gemeinsame Traditionen, immer die Gefahr in sich, daß Grundrechte anderer beeinträchtigt werden[151]. Das vorherrschende Verständnis des Liberalismus ('Liberalismus 1'[152]) geht deshalb davon aus, daß die Individualrechte zusammen mit Diskriminierungsverboten stets Vorrang vor kollektiven

---

143 *A. MacIntyre,* Verlust der Tugend (1984), S. 339.

144 Der hier dargestellte Kommunitarismus *Charles Taylors* sollte nicht verwechselt werden mit demjenigen *Michael Taylors,* dessen Forderung nach einem Erstarken der *small communities* sich vor allem aus einer grundsätzlichen Ablehnung der Staatlichkeit speist (anarchistischer Kommunitarismus); vgl. *M. Taylor,* Anarchy and Cooperation (1976), S. 132 ff. (destruction of small communities); *ders.,* Community, Anarchy, and Liberty (1982). Dazu unten S. 333 ff. (Institutionalisierung der Gerechtigkeit und die Thesen von *M. Taylor*).

145 Vgl. nur die zahlreichen Bezugnahmen auf das Identitätsverständnis der Romantik in *C. Taylor,* Quellen des Selbst (1994), S. 729 ff., 869, 875; kritisch gegenüber bestimmten neoromantischen Auffassungen aber S. 79.

146 *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 13 ff.

147 *C. Taylor,* Quellen des Selbst (1994), S. 262 ff. (275 f.), 869.

148 *C. Taylor,* Quellen des Selbst (1994), S. 887 f.

149 *C. Taylor,* Quellen des Selbst (1994), S. 871.

150 Die »prozedurale Auffassung des Richtigen« sei ein »Übel«: *C. Taylor,* Quellen des Selbst (1994), S. 867 f.

151 *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 47 f.

152 Diese vereinfachende Referenzierung als Liberalismus 1 und 2 wird hier übernommen von *M. Walzer,* Kommentar zum Multikulturalismus (1992), S. 109 f.

Zielen haben sollen[153]. Traditionalismus hat in einer solchen Welt nur Raum, wo Individualrechte anderer nicht gemindert werden, im Ergebnis also nur als folkloristische Färbung der rechtlich nicht geregelten Gemeinschaftsbereiche. Am Beispiel der französischen Kultur im kanadischen Quebec zeigt *Taylor,* daß eine Gesellschaft, die ihren kollektiven Zielen ähnlich große Bedeutung wie individuellen Rechten gibt, zu einer solchen 'prozeduralen Republik' in Widerspruch geraten muß[154]. Daraus folgert er, daß das politische Gemeinwesen des Liberalismus sich *nicht neutral* gegenüber allen in ihm vereinten kulturellen Minderheiten verhält[155]. Geboten sei darum ein anderes, mit dem ersten nicht vereinbares[156] Modell des Liberalismus ('Liberalismus 2'), bei dem sich das Gemeinwesen um eine kollektive Konzeption des guten Lebens herum organisiere, gleichzeitig aber – und das ist der liberale Gehalt – die wichtigsten Grundrechte derer achte, die sich diese Konzeption selbst nicht zueigen machen[157]. Damit drängt *Taylor* die von ihm kritisierte 'desengagierte Vernunft' zurück und verschafft den als 'kollektive Ziele' verkleideten Gefühlen und Leidenschaften der Menschen neuen Raum, wie sie ihn im 'Liberalismus 1' nicht finden konnten. Nur so könne eine liberale Ordnung gefunden werden, ohne daß die Beteiligten ihre (gemeinschafts- und traditionsgeprägte) Identität preisgeben müßten[158]. Ähnlich wie bei *Sandel* zeigt sich der praktische Effekt eher in Nuancen: die neue Sichtweise habe »fast unvermeidlich gewisse Abwandlungen der Gesetze zur Folge«[159]. Die größere Bedeutung liegt im Grundsätzlichen: *Taylor* will den 'differenz-blinden' Liberalismus, der kulturelle Neutralität verspricht, ohne sie einhalten zu können, durch eine bewußt kulturbezogene Gesellschaftsordnung ersetzen, die im Wege der *multikulturellen Durchdringung* von Gemeinschaften zu einer langsamen Angleichung der unterschiedlichen kollektiven Ziele führen kann, ohne daß auf dem Weg dorthin einzelne Kulturen und die mit ihnen verbundene Indentität ihrer Mitglieder aufgegeben werden müßten[160].

4. *Lokaler Kommunitarismus (M. Walzer)*

Der Kommunitarismus *Walzers* kann 'lokal' genannt werden, denn er betont – wie die Forschung zu '*local justice*'[161] – die Unterschiede, die die Verteilungsgerechtigkeit je

---

[153] *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 49. *Taylor* nennt ausdrücklich *John Rawls, Ronald Dworkin* und *Bruce Ackerman* als prominente Vertreter dieser Auffassung im angloamerikanischen Raum. Die These stimmt als politische Folgerung darüber hinaus für alle anderen Theorien, die einen Vorrang des Rechten vor dem Guten einräumen, d.h. für alle deontologischen im Gegensatz zu teleologischen Theorien. *Taylor* selbst betont (ebd., S. 49), daß diese Trennlinie der Unterscheidung zwischen prozeduralen und substantiellen Theorien entspricht.

[154] *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 51 ff.

[155] *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 52.

[156] *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 54.

[157] *Taylor* zählt hierzu das Recht auf Leben und persönliche Freiheit, das Recht auf fairen Prozeß, Redefreiheit, Religionsfreiheit und ähnlich elementare Rechte; *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 52 f.

[158] *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 55.

[159] *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 55.

[160] *C. Taylor,* Multikulturalismus (1992), S. 56 ff.

[161] Dazu oben S. 108, Fn. 340 (Mesotheorien und *local justice*).

nach ihrem Sachbereich annimmt. *Walzers* Gerechtigkeitstheorie liegt dabei eine Konzeption zugrunde, die er 'komplexe Gleichheit' nennt. »In allen modernen Gesellschaften« soll diese »ein gültiger Standard« sein[162] und gleichzeitig ein Garant gegen Totalitarismus[163]. Komplexe Gleichheit ist eine Konzeption der Verteilungsgerechtigkeit innerhalb einer politischen Gemeinschaft[164]. Sie grenzt sich vom 'System der einfachen Gleichheit' ab, die dem Idealbild folgt, daß alles käuflich ist und alle gleich viel Geld haben[165]. Selbst wenn eine solche einfache Gleichheit jemals bestehen sollte, sei sie als Verteilungssystem instabil, weil durch unterschiedliche Begabungen und damit unterschiedliche Erfolge im Warentausch sehr schnell Monopole bei den drei dominanten Gütern Reichtum, Macht und Bildung entstehen würden. Funktionsfähig wäre das System der einfachen Gleichheit nur durch fortgesetzte staatliche Intervention bei gleichzeitiger politischer Machtkontrolle. Die universellen Gerechtigkeitsprinzipien, die in liberalen Theorien wie der von *Rawls* begründet werden, stellten sich in diesem Zusammenhang als Interventionsregeln für eine Monopolkontrolle durch den Staat dar.

Walzer vertritt demgegenüber die These, daß es keine einheitlichen Verteilungsprinzipien für alle Gemeinschaften und alle Güter geben kann. Verschiedene Verteilungssphären seien nicht kongruent zueinander, sondern jeweils autonom[166]. Erstens rechtfertigen unterschiedliche politische Ordnungen und Ideologien unterschiedliche Verteilungen[167]. Vor allem aber gelte zweitens, daß »verschiedene Güter verschiedene Verteilungsregeln innerhalb ein und derselben Gesellschaft verlangen.«[168] Statt eines singulären Distributionskriteriums kommen im System der komplexen Gleichheit vielmehr je nach Distributionssphäre[169] drei unterschiedliche Distributionsprinzipien zur Anwendung: freier Austausch, Verdienst und Bedürfnis[170]. *Walzer* belegt mit zahlreichen Beispielen, wie unterschiedlich die Verteilungsprinzipien in Daseinsvorsorge, Warenhandel, Ämterverteilung, Arbeit, Freizeit, Bildung, Verwandschaft, Religion, sozialer Anerkennung und Politik ausfallen können und welche Varianzen dabei durch Kulturunterschiede und zeitlichen Wandel eintreten[171]. Angesichts der unendlichen Zahl möglicher Lebensweisen folgert er, daß eine bestehende Gesellschaft dann gerecht sei, wenn sie ihr konkretes Leben in einer Weise bestimme, die den Vorstellungen ihrer Mitglieder entspreche[172]. Was in einer Gemeinschaft un-

---

162 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 11.

163 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 445.

164 Vgl. *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 61 ff., 65 ff.

165 Hierzu und zum folgenden *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 41 ff.

166 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 448.

167 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 26 ff.

168 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 12.

169 Vgl. *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 448 f. – Die Unterscheidung nach Distributionssphären bedeute wandelbare soziale Sinngebung für Güter je nach Sachbereich.

170 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 51 ff.

171 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 108 ff., insbesondere S. 203 ff. (209 ff.) zur Meritokratie in Gestalt des chinesischen Examenssystems für Ämter im kaiserlichen Dienst und S. 336 ff. (338 ff.) zum Bürgerball als organisiertem Heiratsmarkt.

172 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 441.

gerecht ist, kann in einer anderen gerecht sein[173]. Damit stellt sich für die Theorie *Walzers* die Frage, was überhaupt noch als ungerecht gelten soll. Ungerechtigkeit identifiziert er mit der *Dominanz* einzelner Personen gegenüber anderen[174]. Verteilung muß einen 'geziemenden Respekt' (*due respect*) vor den Ansichten und Meinungen der Menschen ausdrücken, statt durch Vorherrschaft einen Durchgriff auf das Verteilungsergebnis zu erzwingen[175]. Die oberste Gerechtigkeitsnorm in einem System der komplexen Gleichheit ist darum, daß nicht alles käuflich sein darf[176]. Im Wege der Abstraktion dieser Grundregel formuliert *Walzer* zur Charakterisierung der Gerechtigkeitskonzeption der komplexen Gleichheit ein 'offenes Distributionsprinzip'[177]:

> N_{oD}: »Kein soziales Gut X sollte ungeachtet seiner Bedeutung an Männer und Frauen, die im Besitz eines anderen Gutes Y sind, einzig und allein deshalb verteilt werden, weil sie dieses Y besitzen.«

Was Tyrannei und modernen Totalitarismus charakterisiert, ist nach diesem Distributionsprinzip nicht die absolute Machtfülle, sondern vielmehr der Umstand, daß die Macht dazu eingesetzt wird, willkürlich oder gleichschaltend in Distributionssphären einzugreifen, um Dinge zu erlangen, die sich sonst nicht von selbst einstellen würden – »ein nicht endender Kampf um die Herrschaft außerhalb der eigenen Lebenssphäre«[178]. Das System der komplexen Gleichheit stelle sich als das Gegenteil des Totalitarismus dar, denn es setze maximale Differenzierung an die Stelle maximaler Gleichschaltung[179]. Erst durch die Garantenstellung gegenüber dem Totalitarismus könne (komplexe) Gleichheit überhaupt zum Ziel in einem freiheitlichen Staat werden und als ein Argument auch gegen die 'Tyrannei des Geldes' im nordamerikanischen Kapitalismus gelten[180]. Schlagwortigartig faßt *Walzer* zusammen: »Gute Zäune garantieren gerechte Gesellschaften.«[181]

---

173 Vgl. das Beispiel zur Ungleichverteilung von Korn in einer nach Kastensystem organisierten indischen Dorfgemeinschaft: *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 441 f. *Walzer* spricht sich in anderem Zusammenhang dafür aus, daß ein kulturorientierter Liberalismus ('Liberalismus 2') in vielen Nationalstaaten angemessen, ein rechteorientierter Liberalismus ('Liberalismus 1') dagegen in Einwanderergesellschaften wie den Vereinigten Staaten oder dem kanadischen Bundesstaat geboten sei; *M. Walzer*, Kommentar zum Multikulturalismus (1992), S. 111 ff. (114 ff.).

174 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 46 ff., 451. Hier ergeben sich Parallelen zum neueren verfassungsdogmatischen Verständnis des Gleichheitsgebots als gruppenbezogenes Dominierungsverbot; *U. Sacksofsky*, Grundrecht auf Gleichbehandlung (1991), S. 312 ff. Entsprechend für die Interpretation als Hierarchisierungsverbot *S. Baer*, Würde oder Gleichheit? (1996), S. 235 ff. (240).

175 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 451.

176 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 12.

177 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 50.

178 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 444.

179 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 445.

180 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 440 ff. (445 ff.).

181 *M. Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit (1983), S. 449.

V. Ergebnisse

Die Theorien der aristotelischen Grundposition halten eine bestimmte Konzeption des guten Lebens für allgemeinverbindlich; Gerechtigkeit beurteilt sich in Abhängigkeit von dem als wertvoll erkannten 'Guten'.

Die verschiedenen Spielarten des Kommunitarismus führen im Ergebnis zu sehr unterschiedlichen Gerechtigkeitstheorien. Der Kommunitarismus von *Sandel, Taylor* und *Walzer* zeigt sich dabei nicht entschieden genug antiliberalistisch, um einen wirklichen Kontrast zum individualistischen Grundtenor westlicher Demokratien bilden zu können[182]. Diese Unschärfe beweist sich besonders bei so zurückhaltenden Vorschlägen wie dem 'Liberalismus 2' *Taylors*[183]. Einzig *MacIntyre* sorgt mit seinen entschlossenen Thesen über das Scheitern der Aufklärung für eine griffige Position: Wer wie *MacIntyre* die Menschenrechte als eine Frage des Glaubens, nicht der praktischen Vernunft ansieht, setzt den hobbesianischen und kantischen Theorien, die durchweg Menschenrechte für rational begründbar halten, tatsächlich eine grundsätzlich andere Konzeption der politischen Gerechtigkeit entgegen. Die Auseinandersetzung mit dem Kommunitarismus spitzt sich deshalb mit einiger Berechtigung immer mehr auf eine Auseinandersetzung mit den Thesen *MacIntyres* zu[184].

Die materiellen Konzeptionen des Guten in Naturrechtslehren und im Kommunitarismus stimmen mit der formellen Konzeption des Guten im Utilitarismus darin überein, daß ihre Ziele selbst nicht mehr durch Verfahren überprüft, sondern nur noch gesetzt werden. Insoweit kann man von einem partiellen Begründungsverzicht sprechen. Bei Naturrechtslehren wird der materielle Begründungsmaßstab für Gerechtigkeit ('göttliche Gerechtigkeit'), beim Utilitarismus das formelle Gerechtigkeitsprinzip ('größtes Glück der größten Zahl') und beim Kommunitarismus die Bindung an eine kollektive Konzeption des Guten ('Traditionsgemeinschaft') nicht mehr hinterfragt. Insoweit sind die Theorien nur bekenntnis-, nicht erkenntnisfähig.

C. Theorien der hobbesianischen Grundposition (Entscheidungsrationalität)

I. Charakteristika (T_{RC} D_{1RC} D_{4RC})

Den Theorien der hobbesianischen Grundposition ist eigentümlich, daß sie – im Gegensatz zu Theorien der nietzscheanischen Grundposition – die Richtigkeit des Handelns für *begründbar* halten, dabei aber – im Gegensatz zur aristotelischen Grundposition – nicht eine bestimmte Konzeption des guten Lebens verfolgen. Vielmehr werden Handlungen ungeachtet der sozialen Ordnung, die sich aus ihnen ergibt, für sich betrachtet als (deontologisch) richtig oder falsch beurteilt. Sie sind

---

[182] Zur Kritik dieser relativen Unentschlossenheit der Kommunitaristen *S. Tönnies,* Kommunitarismus – diesseits und jenseits des Ozeans (1986) S. 14: »... eine moralische Aufrüstung, die nützlich ist, aber in der politischen Theorie nichts zu suchen hat.«

[183] Dazu oben S. 163 (Multikultureller Kommunitarismus).

[184] Ähnliche Betonung der zentralen Bedeutung der Theorie *MacIntyres* auch bei *H. Brunkhorst,* Demokratie als Solidarität unter Fremden (1996), S. 21.

aus *intrinsischen* (der Handlungsweise selbst innewohnenden) Gründen richtig, nicht aus extrinsischen. Insoweit besteht Übereinstimmung mit den noch zu erörternden Theorien der kantischen Tradition[185], von denen sich die hobbesianischen aber dadurch unterscheiden, daß sie dezidiert 'unmoralisch' sind[186]. Theorien der hobbesianischen Grundposition sind alle explizit – oder bei älteren Sozialvertragstheorien implizit – Theorien des rationalen Entscheidens (*rational choice theories*, *decision theories*)[187]. Als Entscheidungstheorien begründen sie die Richtigkeit einer Handlungsweise allein mit *individueller Nutzenmaximierung* – diese wird für sie zum Inbegriff der praktischen Vernunft[188].

Der Rational-Choice-Ansatz wurde in der 'außermarktlichen Ökonomie' geprägt und versteht sich dort als »Anwendung des *ökonomischen Verhaltensmodells* auf Fragestellungen, die üblicherweise anderen Verhaltenswissenschaften vorbehalten waren«[189] und damit gleichzeitig als Gegenbegriff zu dem in der Soziologie, Politik und Rechtswissenschaft (mit Ausnahme der ökonomischen Analyse des Rechts[190]) verbreiteten *soziologischen Verhaltensmodell*, nach dem menschliches Verhalten »als durch moralische Einflüsse und gesellschaftliche Strömungen bestimmt«[191] angesehen wird. Demgegenüber kann das ökonomische Verhaltensmodell 'moralfrei' durch fünf grundlegende Elemente beschrieben werden[192]: 1. methodischen Individualismus[193], 2. systematische Reaktion auf Anreize, 3. Trennung zwischen Präferenzen und Einschränkungen, 4. Eigennutzorientierung, 5. Möglichkeitsraum und Institutionen.

---

185 Dazu sogleich S. 198 ff. (Theorien der kantischen Grundposition).

186 Mit bemerkenswerter Offenheit *R.B. McKenzie/G. Tullock*, Homo Oeconomicus (1984), S. 27: »Der ökonomische Ansatz ist unmoralisch. Die Wirtschaftswissenschaften beschäftigt nämlich nicht, was sein sollte oder wie sich Menschen verhalten sollen, sondern es geht nur darum zu verstehen, warum sich Menschen so verhalten.«

187 Andere Bezeichnungen sind 'Entscheidungstheorien', 'Theorien rationaler Wahl' bzw. 'Theorien praktischer Rationalität', wobei in letzterer Bezeichnung ein Rationalitätsbegriff benutzt wird, der enger ist als derjenige der 'praktischen Vernunft'. Gelegentlich ist auch von Gesellschaftstheorien des strategischen Interaktionismus oder kurz von RC-Theorien die Rede; *B. Peters*, Integration moderner Gesellschaften (1993), S. 378 ff.

188 *J. Dreier*, Rational Preference: Decision Theory as a Theory of Practical Rationality (1996), S. 271 f.

189 *B.S. Frey*, Außermarktliche Ökonomie (1997), S. 362.

190 Zur Ausnahme *B.S. Frey*, Außermarktliche Ökonomie (1997), S. 367. Zur ökonomischen Analyse des Rechts vor allem *R.A. Posner*, Problems of Jurisprudence (1990), S. 353 ff. m.w.N.; *ders.*, Economic Analysis of Law (1992), S. 21 ff., 261 ff. („The Moral Content of the Common Law“); *C. Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts (1997), S. 7 ff.

191 *B.S. Frey*, Außermarktliche Ökonomie (1997), S. 366. An diesem Befund ändert sich auch nichts dadurch, daß über den Moralbezug im Rechtsbegriff zwischen positivistischen und nichtpositivistischen Strömungen Streit besteht. Man kann den *Rechtsbegriff* (mit der rechtspositivistischen Trennungsthese) moralfrei und gleichwohl das *Verhaltensmodell* moralbezogen bestimmen – etwa für die Erklärung von Rechtsgenese und Rechtsbefolgung. Der Rechtspositivismus führt nicht zwingend zu einer Entscheidungstheorie.

192 *B.S. Frey*, Außermarktliche Ökonomie (1997), S. 362 ff. Ähnlich *C. Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts (1997), S. 12 ff.

193 Zur Abgrenzung des methodischen vom normativen Individualismus *C. Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts (1997), S. 20 f.

Im hier interessierenden Zusammenhang der politischen Philosophie geht es zentral um das vierte Element, die *Eigennutzorientierung*[194]. Zwar spielen auch Methodenindividualismus, Präferenzisolation und Möglichkeitsraum eine mittelbare Rolle in entscheidungstheoretischen Gerechtigkeitstheorien, weil sie sich gewissermaßen durch die Hintertür des Rationalitätskalküls einschleichen. Doch geht es im Kern allein um *rational choice theories* als *Begründungstheorien* des rationalen Verhaltens, nicht dagegen um die (noch stärker divergierenden) *rational choice theories*, die als *Anwendungstheorien* in der Ökonomie Verwendung finden. Die Verknüpfung zwischen Grundlagenforschung und ökonomischer Anwendungstheorie ist naturgemäß eng, doch läßt sich die Unterscheidung trennscharf danach vornehmen, ob eine Theorie sich die Rahmenbedingungen der Wirtschaft, insbesondere die Marktwirkungen, zur Voraussetzung macht (ökonomische Anwendungstheorie) oder ob sie die Analyse der Entscheidungsstrategien unter grundsätzlich beliebigen Voraussetzungen betreibt (Begründungstheorie der rationalen Entscheidung).

Das Eigennutz-Axiom, wie es für die Konzeption der praktischen Vernunft in allen Entscheidungstheorien gilt, läßt sich in folgendem Theorem ausdrücken:

T_{RC}: Die Handlung X einer Person P ist genau dann richtig, wenn sie sich bei Abwägung aller Vor- und Nachteile *für P* als die vorteilhafteste darstellt.

Der Richtigkeitsbegriff, der mit T_{RC} definiert ist, beschreibt nur eine Richtigkeit aus Sicht des egoistischen Nutzenmaximierers. Das bedeutet mehr als nur einen irgendwie gearteten Rückgriff auf ein Vorteilskalkül. *Rawls* hat gezeigt, daß man auf Erkenntnisse der Spieltheorie[195] zurückgreifen kann, ohne das Vorteilskalkül als entscheidend für überindividuelle Richtigkeit anzusehen[196]. Die Theorien der hobbesianischen Grundposition gehen indes von einem *Gleichklang zwischen egostischer Nutzenmaximierung und überindividueller Richtigkeit* aus. Begründbar sind danach ausschließlich solche Handlungsweisen, die sich als Ausdruck individueller Nutzenmaximierung verstehen lassen. Das Darstellungsmittel für diese Verknüpfung ist der Sozialvertrag: Mit dem Übergang von der Begründung individueller Einzelentscheidungen zur Begründung der Regeln sozialer Ordnung wird die Entscheidungstheorie zur hobbesianischen Sozialvertragstheorie[197]. Dabei überwindet sie bestimmte Defizite der individuenbezogenen Legitimation, wie sie sich im Gefangenendilemma und Trittbrettfahrerproblem ausdrücken[198], durch einen unter allen erzwingbaren Gesellschaftsvertrag – es entsteht eine 'Vertragstheorie rationalen Entscheidens'

---

194 *G. Kirchgässner,* Homo oeconomicus (1991), S. 45 ff. – eigener Vorteil als Charakteristikum.

195 Dazu unten S. 270 ff. (spieltheoretische Grundlegung).

196 Dazu unten S. 180 (Theorie der Maximin-Wahl). Einen ähnlichen Zusammenhang hat *Barry* am Beispiel der Theorie *Harsanyis* belegt, der einerseits Verfechter einer Vernunftkonzeption der rationalen Entscheidung ist, andererseits dieser Konzeption aber keine Verbindlichkeit als ethisches Kriterium zuerkennt, sondern eine utilitaristische Position daraus begründet; *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 76 m.w.N. Dazu oben S. 154 ff. (utilitaristische Theorien am Beispiel *Harsanyis*), unten S. 174 (*Harsanyis* Theorie der Verhandlungsführung).

197 Dazu unten S. 180 ff. (neohobbesianischer Sozialvertrag).

198 Dazu unten S. 276 ff. (Gefangenendilemma), S. 333 ff. (Trittbrettfahrerproblem).

(*'rational choice contractarianism'*[199]). Die Treue zum (hypothetischen) Gesellschaftsvertrag schulden die Beteiligten genau dann, wenn sich der Vertrag aus der Sicht jedes einzelnen als vorteilhaft und deshalb als rational, vernünftig und richtig erweist[200]. Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns folgen also aus der Vorteilhaftigkeit für jeden Einzelnen. Verbindet man T_{RC} mit der allgemeinen Gerechtigkeitsdefinition in D_1, so ist der spezifische Gerechtigkeitsbegriff der Entscheidungstheorien und der Begriff der rationalen Entscheidungstheorie der Gerechtigkeit erreicht:

D_{1RC}: Gerechtigkeit im Sinne der Theorien rationalen Entscheidens ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit desjenigen sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns, auf das sich egoistische Nutzenmaximierer einigen (würden).

D_{4RC}: Gerechtigkeitstheorien des rationalen Entscheidens sind Gerechtigkeitstheorien, nach denen eine Gerechtigkeitsnorm N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer Prozedur P des rationalen Entscheidens sein kann.

Beim Übergang von der Einzelentscheidung zum Sozialvertrag muß es einen individuellen Vorteil geben, um dessentwillen sich die Beteiligten überhaupt auf ein Miteinander einlassen, statt sich in einem fortwährenden Gegeneinander immer wieder aufs neue nach den je eigenen Vorteilen in der Einzelsituation zu richten. Der Übergang vom (nichtkooperativen) Krieg aller gegen alle (*T. Hobbes*) in die (kooperative) Zivilgesellschaft geschieht um der Kooperationsvorteile willen, die für jeden einzelnen damit verbunden sind. Hier wird anarchistische Freiheit gegen staatlich organisierte Sicherheit getauscht, weil *für jeden Einzelnen* damit ein Vorteil verbunden ist. Dabei bleibt es im Prinzip gleichgültig, ob der Kooperationsvorteil in der Sicherung schon bestehender Güter, insbesondere des Lebens und der körperlichen Integrität, oder in der Schaffung neuer Güter durch Produktion besteht. In jedem Fall stellen sich zwei Fragen, die eine Theorie rationalen Entscheidens beantworten muß: erstens die Frage, welcher Grad von Kooperation begründet ist, und zweitens die Frage, wie die Kooperationsgewinne richtigerweise verteilt werden sollen – sei es durch gerechte Zuordnung von Rechten (Anspruch auf Lohn, Eigentum an Früchten und anderen Produkten), sei es durch gerechte Zuordnung von Pflichten (Steuern und andere Abgaben, Wehrpflicht). Für diese Fragen beim Übergang von Konflikt zu Kooperation ist innerhalb der Grundlagendiskussionen zur rationalen Entscheidung die *Spieltheorie* zuständig, die versucht, »das rationale Entscheidungsverhalten in sozialen Konfliktsituationen abzuleiten, in denen der

---

[199] So der treffende Begriff bei *J.L. Coleman,* Risks and Wrongs (1992), S. 3. *Coleman* (S. 3) definiert diese Form als eine Vertragstheorie mit der zentralen Annahme, daß legitime politische Autorität eine besondere Lösung für das Problem des Marktversagens ist, wie es in den Verteilungsstrukturen des Gefangenendilemmas für viele menschliche Interaktionen in einem Naturzustand auftritt.

[200] Zur Gleichsetzung von Vorteilhaftigkeit, Rationalität (*rationality*), Vernunft (*reason*) und Richtigkeit, wie sie in allen Theorien rationalen Entscheidens vorgenommen wird, siehe beispielhaft *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 150.

Erfolg des einzelnen nicht nur vom eigenen Handeln, sondern auch von den Aktionen anderer abhängt.«[201]

Die Antwort auf die erste Frage wird im Grundsatz einheitlich beantwortet, denn sie kann direkt aus der entscheidungstheoretischen Konzeption der praktischen Vernunft (T_{RC}) abgeleitet werden. Die Grenze für weitergehende Kooperation und damit gleichzeitig der richtige Grad von Kooperation ist dann erreicht, wenn jede weitergehende Kooperation, die einen Vorteil für mindestens einen Beteiligten bedeutet, gleichzeitig für mindestens einen anderen Beteiligten nachteilig wäre. Das Kriterium für die Richtigkeit eines Wechsels von einem Weniger zu einem Mehr an Kooperation ist also dasjenige der *Pareto*-Optimalität[202]. Damit wird indes nur der Grad, nicht hingegen die konkrete Art der Kooperation bestimmt, denn es gibt eine Vielzahl von Kooperationskonstellationen, die alle *Pareto*-optimal sind, bei denen also niemand etwas gewinnen kann, ohne daß gleichzeitig ein anderer etwas verliert. Das Kriterium ist dennoch wichtig, denn es bildet in Entscheidungstheorien den Ausgangspunkt für die Kritik an wohlfahrtsstaatlichen Umverteilungstendenzen: Die Solidarität der 'Starken' mit den 'Schwachen' ist nach der entscheidungstheoretischen Konzeption praktischer Vernunft nur in denjenigen Fällen gerechtfertigt, in denen sie für *jeden* Beteiligten (d.h. auch für die leistungsfähigen 'Starken') vorteilhaft ist.

Die Antwort auf die zweite Frage wird von den einzelnen Theorien rationalen Entscheidens unterschiedlich beantwortet. Es gibt vom Standpunkt der hobbesianischen Grundposition mehrere Möglichkeiten, eine richtige (gerechte) Verteilung der Kooperationsgewinne zu begründen. Die Suche nach den Kriterien für diese Verteilung von Kooperationsgewinnen entwickelt sich zur Zentralfrage aller Entscheidungstheorien. Die Gerechtigkeitstheorien der hobbesianischen Tradition werden im folgenden daraufhin untersucht und danach eingeteilt, welche Antwort sie auf diese Frage geben.

II. Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren

Ältere Sozialvertragstheorien haben zur Begründung sozialer Ordnung regelmäßig das Bild des Naturzustands bemüht, um einen vorpolitischen Ausgangspunkt zu gewinnen, von dem aus sich die Entscheidung für eine staatliche Ordnung als rational erweist[203]. Je schlimmer dieser Naturzustand geschildert werden konnte, je glaubwürdiger er sich als »Krieg aller gegen alle«[204] erwies, der das Leben der Men-

---

[201] *W. Güth,* Spieltheorie (1997), S. 3512. Dazu im einzelnen unten S. 270 ff. (Kritik spieltheoretischer Grundlegung).

[202] Dazu unten S. 273 (zwei Bedingungen rationaler Verhandlung).

[203] Zur aktuellen Bedeutung des Naturzustands in der Gerechtigkeitsbegründung siehe *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 6 ff.

[204] Ein *'bellum omnia contra omnes'* findet sich erstmals bei *T. Hobbes,* Vom Bürger (1642), Vorwort: »Darauf zeige ich nun, daß der Zustand der Menschen außerhalb der bürgerlichen Gesellschaft (den ich den Naturzustand zu nennen mir erlaube) nur der Krieg aller gegen alle ist, und daß in diesem Kriege alle ein Recht auf alles haben.« Der Gedanke wird wieder aufgegriffen in *ders.,* Leviathan (1651), Kapitel 13: »Hereby it is manifest, that during the time men live without a common Power to keep them all in awe, they are in that condition which is called Warre; and such a warre, as is of every man, against every man. ... Whatsoever therefore is consequent to a time of

schen »einsam, arm, unangenehm, brutal und kurz«[205] macht, desto eher konnte das Argument überzeugen, daß der Übergang von der Anarchie in die Staatlichkeit für jeden einzelnen, auch den 'Starken', vorteilhaft sei[206]. Mit dieser Gesamtentscheidung für oder gegen Staatlichkeit war aber noch nichts über die richtige Verteilung von Rechten und Pflichten *innerhalb* eines Staatswesens gesagt. So konnte einerseits *Hobbes* den Sozialvertrag zur Rechtfertigung auch der absolutistischen Herrschaft heranziehen[207], während etwa *Nozick* ihn für die Begründung eines Minimalstaates anführt[208]. Diese unbefriedigende Beliebigkeit rührt letztlich daher, daß *jede* Staatlichkeit den Vorteil eines höheren Niveaus sicher genießbarer Güter für alle bietet, ohne daß sich ausmachen ließe, *welche* unter den vorteilhaften Organisationsformen für die Beteiligten *optimal* ist.

Durch die Spieltheorie[209] ist in diesem Jahrhundert etwas klarer geworden, in welchen Fällen eine nicht nur irgendwie vorteilhafte, sondern insgesamt optimale Entscheidung vorliegt. Die Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren, die letztlich alle auf *Nash* zurückgehen, geben den Rahmen vor, innerhalb dessen sich eine noch zu erörternde Varianz von Entscheidungstheorien entwickelt hat. Nach den Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren wird jeweils die unterschiedliche Verhandlungsmacht der Parteien zum Kriterium für die Entscheidung zwischen verschiedenen *Pareto*-optimalen Ergebnissen gemacht. Übersetzt in die Gerechtigkeitssemantik lautet die prozedurale Bedingung: Gerecht ist dasjenige *Pareto*-optimale Verteilungsergebnis, das deshalb Ausdruck einer rationalen Entscheidung ist, weil es durch Ausübung von Verhandlungsmacht zustandegekommen ist (Machtproporzbedingung)[210]. Die Theorie zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren ist

---

Warre, where every man is Enemy to every man; the same is consequent to the time, wherein men live without other security, than what their own strength, and their own invention shall furnish them withall.« Auch das *'homo homini lupus'* stammt aus der Schrift 'Vom Bürger' (1642): ebd., Widmung: »Nun sind sicher beide Sätze wahr: *Der Mensch ist ein Gott für den Menschen,* und: *Der Mensch ist ein Wolf für den Menschen;* jener, wenn man die Bürger untereinander, dieser, wenn man die Staaten untereinander vergleicht.«

205 *T. Hobbes,* Leviathan (1651), Kapitel 13: »Nature has made men so equall, in the faculties of body, and mind; ... the weakest has strength enough to kill the strongest, either by secret machination, or by confederacy with others, that are in the same danger with himselfe. ... And the life of man, [is] solitary, poore, nasty, brutish, and short.«

206 *T. Hobbes,* Leviathan (1651), Kapitel 17: »The finall Cause, End, or Designe of men ... is the foresight of their own preservation, and of a more contented life thereby«. Zu dem Zusammenhang zwischen negativem Naturzustandsbild und Überzeugungskraft des Staatsbildungsarguments *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 3 ff.

207 *T. Hobbes,* Leviathan (1651), Kapitel 30: »Of the Office of the Soveraign Representative«.

208 Dazu unten S. 183 ff. (Theorie des libertären Minimalstaates).

209 Dazu unten S. 270 ff. (Kritik spieltheoretischer Grundlegung).

210 Die Machtproporzbedingung wird von *Nash* auf drei Unterbedingungen rationalen Entscheidens zurückgeführt. (1) Die zugrundegelegten Nutzenfaktoren sollen einheitsunabhängig sein, eine Verzehnfachung aller Einzelnutzenfaktoren einer Partei also immer noch zum gleichen Ergebnis führen. Dem wird durch die Multiplikation entsprochen. (2) Die Nutzenfaktoren sollen symmetrisch sein, so daß identische Nutzenfaktoren der Parteien zu einer Gleichverteilung führen. Dem wird durch eine Normalisierung der Faktoren im Bereich 0.0 bis 1.0 Rechnung getragen. (3) Die Entscheidung muß unabhängig von irrelevanten (d.h. unerreichbaren) Alternativen sein. Diese Bedingung betrifft den Fall, daß sich bei bestimmten Konstellationen der Gesamtumfang des Gewinns und damit möglicherweise alle Nutzenfaktoren der Parteien verschieben. Dann dürfen in

von *J.F. Nash, J.C. Harsanyi* und *R. Selten* in Stufen zu einem allgemeinen Analyseinstrument der Sozialwissenschaften entwickelt worden[211]. Als Werkzeuge der Entscheidungsanalyse sind die Ergebnisse auch für Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit (*rational choice theories*) zentral.

1. *Theorie der ungleichen Verhandlungsmacht (J.F. Nash)*

Nash hat die Entscheidungsprozedur als *Optimierung der relativen Nutzenfaktoren* konkretisiert und damit das Phänomen ungleicher Verhandlungsmacht (*bargaining power*) zum formalen Bestandteil seiner Gerechtigkeitstheorie gemacht[212]. Die relativen Nutzenfaktoren der Parteien sind repräsentiert durch Werte zwischen 0 (dem Nichteinigungspunkt) und 1 (dem Maximalnutzen bei der jeweiligen Wunschvereinbarung). Solche relativen Nutzenfaktoren haben bereits *von Neumann/Morgenstern* im Zusammenhang mit der hypothetischen Wahl zwischen verschiedenen Lotterien eingeführt[213]. Die Optimierung relativer Nutzenfaktoren läßt sich anhand eines Beispiels zur Verteilung des Kooperationsgewinns verdeutlichen: Angenommen A und B haben die Möglichkeit, durch Zusammenarbeit bei der Produktion einen Kooperationsgewinn zu erzielen, also gemeinsam mehr zu erhalten, als wenn jeder für sich arbeitete. B benötigt dringend einen kleinen Geldbetrag, um eine lästige Schuld zu begleichen, während A schuldenfrei und sorglos ist. Dann hat A eine größere Verhandlungsmacht. Für ihn ist der persönliche Nutzen aus der Kooperation in etwa proportional zum Gewinnanteil, also Nutzenfaktor 0 für keinen und 1 für 100%-igen Gewinnanteil. B dagegen ist mit einem kleinen Gewinnanteil bereits überproportional geholfen, er hat also zum Beispiel bereits Nutzenfaktor 0,5 bei nur 20%-igem Gewinnanteil[214]. Je nachdem wie groß dieser Unterschied in der Verhandlungsmacht ist, bildet die *Multiplikation der Nutzenfaktoren* von A und B ein Optimum bereits bei weniger als 50%-igem Gewinnanteil für B, zum Beispiel bei 30% für B und 70% für A. Eine solche Ungleichverteilung ist nach *Nash* eine rational begründete Entscheidung und damit gerecht, weil sie den größten relativen Gesamtnutzen für die Parteien realisiert.

Die relativen Nutzenfaktoren machen für die Spieler einen Vergleich und Abgleich ihrer jeweiligen Spielstrategien möglich. *Nash* konnte 1950 zeigen, daß in bestimmten Spielen ein Gleichgewichtszustand eintritt, das sogenante *Nash-*

---

einer Art Intervallschachtelung der Parametrisierung *nur noch die neuen Nutzenfaktoren* zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden.

211 Der Zusammenhang zwischen den Einzeltheorien wird auch dadurch deutlich, daß diese drei Wissenschaftler im Jahre 1994 gemeinsam mit dem Nobelpreis für Ökonomie ausgezeichnet wurden; vgl. Königlich Schwedische Akademie der Wissenschaften, Bank of Sweden Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel, 1994, Pressemitteilung vom 11. Oktober 1994: *John C. Harsanyi* (Berkeley, USA); *John F. Nash* (Princeton, USA); *Reinhard Selten* (Bonn, Germany) »for their pioneering analysis of equilibria in the theory of non-cooperative games.«

212 Vgl. *J.F. Nash,* The Bargaining Problem (1950), S. 158: »Now since our solution should consist of rational expectations of gain by the two bargainers, ... [it should give] each the amount of satisfaction he should expect to get.«

213 *J. v. Neumann/O. Morgenstern,* The Theory of Games (1944).

214 Zur Erläuterung: Nutzenfaktor 0,5 bei 20%-igem Gewinnanteil bedeutet, daß es B gleichgültig ist, ob er 20% sicher (d.h. mit 100%-iger Chance) oder 100% mit 50%-iger Chance bekommt.

Equilibrium[215]. Nach seiner Beweisführung, die noch heute die Grundlage fast aller spieltheoretischer Modelle bildet, gibt es in jedem Spiel mit einer endlichen Anzahl von Spielern, die beliebige Strategien verfolgen, mindestens einen Gleichgewichtszustand, bei dem alle Spieler eine für sie optimale Strategie gefunden haben. Dies folge daraus, daß die Spieler vollständiges Wissen über die Struktur des Spiels und die jeweiligen Präferenzen ihrer Mitspieler haben; sie können dann für jeden Mitspieler dessen optimale Gegenstrategie zu den eigenen Verhaltensalternativen errechnen und dadurch die eigenen Erwartungen so lange anpassen, bis sich ein Gleichgewichtszustand einstellt, bei dem niemand mehr ein Interesse daran hat, die eigene Strategie zu verändern.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß nach *Nash* in Verhandlungssituationen mit vollständiger gegenseitiger Informiertheit die Verfolgung egoistischer Strategien zu einem Gleichgewichtszustand führt, in dem sich die unterschiedliche Verhandlungsmacht der Beteiligten niederschlägt.

2. *Theorie der Verhandlungsführung (J.C. Harsanyi)*

Nash ging von Voraussetzungen aus, wie sie in der sozialen Realität nur selten vorkommen, nämlich von einer vollständigen gegenseitigen Informiertheit aller Spielteilnehmer. Erst diese vollständige Informiertheit sollte die rationalistische Interpretation des *Nash*-Equilibriums möglich machen. Demgegenüber konnte *Harsanyi* im Jahr 1967 zeigen, daß jede unvollständige Information spieltheoretisch als eine unsichere Information behandelt werden kann. Entscheidungen unter Unsicherheit waren aber bereits spieltheoretisch erfaßbar. Durch *Harsanyis* Erweiterung galt folglich nunmehr die erweiterte These, daß es bei jedem Spiel mindestens ein *Nash*-Equilibrium gibt.

Für Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit ist nicht nur diese allgemeine Gleichgewichtsthese, sondern auch *Harsanyis* Verfahrensdeutung der Nutzenoptimierung ein Gewinn. *Harsanyi* hat die Optimierung relativer Nutzenfaktoren in einer Prozedur der Verhandlungsführung formuliert[216]. Im Ergebnis entspricht seine Lösung der von *Nash*[217]. Die Prozedur ist als Pflicht zum nächsten Zugeständnis in einer Reihe von Angeboten und Gegenangeboten definiert. Wenn im obigen Beispiel A eine Gleichverteilung in den Raum stellt (ohne sie verbindlich anzubieten), dann ist B derjenige, welcher beim Nichtzustandekommen am meisten zu verlieren hätte, weil er auf die Kooperation dringender angewiesen ist. Er muß darum das nächste Zugeständnis machen, beispielsweise 95% Gewinnanteil für A. Bei einem solchen Angebot hätte nunmehr A beim hypothetischen Scheitern der Verhandlung am meisten zu verlieren. Ihn trifft darum die Pflicht zum nächsten Zugeständnis. Die Prozedur wird solange angewandt, bis als Ergebnis des Näherungsprozesses eine Lösung im Raum steht, bei deren Nichtzustandekommen beide Parteien gleichviel zu verlieren hätten.

---

215 *J.F. Nash*, Non-cooperative Games (1951), S. 286 ff.

216 Vgl. *J.C. Harsanyi,* Rational Behavior and Bargaining Equilibrium (1982).

217 Zu dem Unterschied, daß *Harsanyi* als Utilitarist nicht den Schritt von rationaler Wahl zu moralischer Richtigkeit macht, siehe bereits oben S. 154 (utilitaristische Theorien).

3. *Theorie der relevanten Gleichgewichtszustände (R. Selten)*

Ein nach wie vor nicht vollständig gelöstes Problem der Theorie von *Nash* und *Harsanyi* liegt darin, daß mehrere *Nash*-Equilibria vorkommen können. Insbesondere läßt sich zeigen, daß unter mehreren möglichen Gleichgewichtszuständen auch der Eintritt eines solchen Gleichgewichts am wahrscheinlichsten sein kann, das *nicht* den Gesamtnutzen optimiert[218]. Das Problem multipler Equilibria wurde von *Selten* in einem Konzept der Perfektion von *Nash*-Equilibria behandelt[219]. Die Theorie von *Selten* enthält die – in Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit umstrittene[220] – These, daß Drohungen in der Kalkulation relativer Nutzenfaktoren nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie auch glaubhaft sind[221]. Es geht also nicht mehr nur um die ungleiche Verhandlungsmacht, sondern zusätzlich um die tatsächliche Bereitschaft, diese Macht nötigenfalls auch schädigend einzusetzen. Für die Einschätzung der Theorie kommt es nicht auf die Einzelheiten zu den perfekten Gleichgewichtszuständen an, sondern nur auf den Umstand, daß *Selten* die Bedingung der *realistischen* Drohung nicht etwa aus einem rationalistischen Kalkül *ableitet,* sondern als Voraussetzung *selbst setzt*[222]. Es handelt sich lediglich um eine Annahme, die für den Beweis perfekter Gleichgewichtszustände nützlich ist, selbst aber in der Theorie *nicht begründet wird.*

4. *Ergebnisse*

Die spieltheoretischen Konstrukte der 'relativen Nutzenfaktoren' und 'Gleichgewichtspunkte' führen zu einem Modell für rationale Entscheidungsfindung, das den simplen Darstellungsmitteln der Sozialvertragstheorien überlegen ist. Das Kalkül kann aber die Verhaltenspräferenzen, auf denen es aufbaut, selbst nicht begründen. Das gilt insbesondere für die Frage der Risikobereitschaft und die Möglichkeit und Wirkung von Drohungen.

---

[218] *J.C. Harsanyi,* Rule-Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior (1980), S. 117 ff.

[219] *R. Selten,* Spieltheoretische Behandlung eines Oligopolmodells (1965), S. 306 ff., 309 ff.

[220] Dieses spieltheoretische Element von *Selten* findet sich in den Gerechtigkeitstheorien von *Lucas* und *Gauthier* in unterschiedlicher Gestalt, wird andererseits von *Buchanan* und *Braithwaite* gerade nicht berücksichtigt. Zu deren Theorien sogleich S. 176 ff. (Theorien zum Nichteinigungspunkt).

[221] Vgl. *R. Selten,* Spieltheoretische Behandlung eines Oligopolmodells (1965), S. 308: »Diese Drohung muß aber wirkungslos bleiben, wenn Spieler 2 sich nicht im voraus bindend auf ihre Durchführung festlegen kann.«

[222] Vgl. *R. Selten,* Spieltheoretische Behandlung eines Oligopolmodells (1965), S. 306: »Eine weitere Annahme, von der wir ausgehen werden, besteht darin, daß wir ein 'wirtschaftliches' Verhalten unterstellen. Damit ist gemeint, daß jeder der Oligopolisten davor zurückschreckt, einen seiner Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen. Diese Annahme hat viel für sich, denn jeder Verdrängungskampf birgt schwer kalkulierbare Risiken.« Sowie S. 323: »Allzu aggressive Strategien wurden von vornherein von der Betrachtung ausgeschlossen.«

III. Theorien zum Nichteinigungspunkt (nonagreement basepoint)

Die geschilderten Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren begründen, welche Verteilung bei vorgegebenem Nichteinigungspunkt (*nonagreement basepoint*) rational ist[223]. Die geringere Verhandlungsmacht (*bargaining power*) einer Partei führt dazu, daß es für diese rational ist, bei vorgegebenem Nichteinigungspunkt schon mit einem geringeren Anteil am Kooperationsgewinn zufrieden zu sein. Von den Theorien wird nichts darüber gesagt, welchen Einfluß die Beteiligten auf den Nichteinigungspunkt nehmen können, an dem das Rationalitätskalkül ansetzt[224]. Theorien über Szenarien maximaler Drohung gehen anders vor. Nach ihnen ist grundsätzlich eine Gleichverteilung des Kooperationsgewinns rational. Allerdings soll sich diese Gleichverteilung danach bemessen, was die Beteiligten im Vergleich zu einer (hypothetischen) Situation maximaler Drohung erhalten würden. Der Nichteinigungspunkt besteht also nicht in bloßem Kooperations*verzicht*, sondern in einer gedachten *Gegnerschaft.*

1. Theorie des hypothetischen Drohspiels (R.B. Braithwaite)

Nach *Braithwaite* ergibt sich der Nichteinigungspunkt aus einem hypothetischen Drohspiel[225]. Zur Verdeutlichung seines Ansatzes greift *Braithwaite* auf ein inzwischen klassisches Beispiel zurück: Pianist P und Trompeter T leben in benachbarten Räumen und haben jeden Tag gleichzeitig Gelegenheit für Übungen. Ihre Verhandlung geht darüber, wer an wievielen Tagen des Monats spielen darf. Die Wunschvereinbarung lautet für jeden, daß er selbst immer und der andere nie musiziert. Der Nichteinigungspunkt wird nicht durch beiderseitigen Spielverzicht, sondern durch die jeweils größte Drohung gegenüber dem Nachbarn definiert, bezeich-

---

223 Gelegentlich wird statt von *basepoint* auch von *baseline* gesprochen; *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 177; *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 56-95; *W.A. Edmundson,* Is Law Coercive? (1995), S. 83 ff. Der von *Braithwaite* benutzte Begriff des *basepoints* ist vorzugswürdig, denn er drückt treffend aus, daß es um eine ganz bestimmte nichtkooperative Vergleichssituation geht, von der aus der Kooperationsgewinn gleichmäßig zu verteilen ist. Ein anderer, mit *basepoint* inhaltsgleicher Begriff ist die *initial bargaining position;* dazu *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 190 ff. Zu diversen möglichen Nichteinigungspunkten als Basis für die rationale Entscheidung siehe *B. Barry,* ebd., S. 56 ff.

224 Es gehört zu den schwierigsten Problemen der Theorien rationalen Entscheidens und Sozialvertragstheorien, die Gerechtigkeit einer *Ausgangsposition der Ungleichheit* zu begründen. Von präsumptiver Gerechtigkeit eines (d.h. jedes) status quo bis hin zur notwendigen Ableitung aus einem Zustand ursprünglicher (hypothetisch-historischer) Gleichheit wird hier alles vertreten. Einzelne Entscheidungstheoretiker erklären die Ausgangsposition der Parteien zum integralen Bestandteil der Theorie; *D. Gauthier,* Morals by Agreement, S. 191 f.: »Rationale Prozeduren führen nur dann zu rational akzeptablen Ergebnissen, wenn sie ihrerseits von einer rational akzeptablen Ausgangspositions ausgehen.« Zur zentralen Bedeutung der Entscheidung über den Nichteinigungspunkt für die Verteilungsrechtfertigung *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 177.

225 Vgl. zum Übergang von einer antagonistischen 'unklugen' zu einer 'klugen' Strategie *R.B. Braithwaite,* Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher (1955), S. 45: »[T]here being no other satisfactory criterion for interpersonal fairness, each collaborator should be regarded as benefiting equally by a change from a prudential to a counter-prudential when his colleague is holding to his prudential strategy.«

net also die Situation, in der P und T ständig gegeneinander anspielen (Drohspielbedingung). Nun ist aber Pianist P empfindlicher gegenüber dem gleichzeitigen Spielen. Die gegenseitige Drohung belastet P folglich stärker als T. Entsprechend hat P einen größeren Nutzen von jeder wie auch immer gearteten Kooperation. Relativ zum durch Drohung gekennzeichneten Nichteinigungspunkt muß eine Gleichverteilung der Nutzengewinne also in einer Ungleichverteilung der Spielzeiten resultieren. Ohne daß es hier auf eine genaue Beispielrechnung ankäme[226], wäre P soviel weniger Spielzeit als T einzuräumen, daß beide den gleichen Nutzengewinn aus der Gesamtkooperation ziehen. Gerecht ist danach das Ergebnis, das deshalb Ausdruck einer rationalen Entscheidung ist, weil es den relativ zu einer Grundposition gegenseitiger Schädigungsdrohung (Drohspielbedingung) entstehenden Nutzengewinn gleichmäßig auf die Parteien verteilt.

2. *Theorie der öffentlichen Wahl (J.M. Buchanan)*

a) *Das Ideal einer geordneten Anarchie*

Buchanan gilt als einer der ersten Theoretiker, der politische Entscheidungsfindung nach der neueren ökonomischen Theorie modelliert hat[227]. Die von ihm gemeinsam mit *Tullock* begründete Theorie der öffentlichen Wahl (*public choice theory*[228]) fragt danach, welche politische Ordnung entstehen müßte, wenn die Beteiligten in einer Art Marktordnung der Sozialmodelle ausschließlich ihrem Eigeninteresse folgten[229]. Als Antwort präsentiert *Buchanan* eine Sozialvertragstheorie, in der ein Szenario maximaler Drohung zur Grundlage gemacht wird[230]. Die stark am Effizienzdenken orientierte Gerechtigkeitstheorie kann im Spektrum der Sozialvertragstheorien als *ökonomische Konzeption* bezeichnet werden. Sie geht davon aus, daß der ideale Sozialzustand in einer 'geordneten Anarchie' bestünde[231]. In der ungeordneten Anarchie als einem Zustand unbeschränkter Handlungsfreiheiten ergibt sich die *natürliche Güterverteilung* daraus, daß sich Grenznutzen und Grenzkosten für zusätzlichen Aufwand die Waage halten. Diese natürliche Verteilung ist aber wegen der hohen Verteidigungskosten auf einem niedrigen Niveau angesiedelt. Denn im Naturzustand fehle es an

---

226 Dazu *R.B. Braithwaite,* Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher (1955), S. 26 ff.

227 Diese besondere Bedeutung zeigt sich darin, daß *Buchanan* im Jahre 1986 mit dem Nobelpreis für Ökonomie ausgezeichnet wurden; vgl. Königlich Schwedische Akademie der Wissenschaften, Bank of Sweden Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel, 1995, Pressemitteilung vom 16. Oktober 1986: *James McGill Buchanan* (Virginia, USA) »for his development of the contractual and constitutional bases for the theory of economic and political decision-making.«

228 *J.M. Buchanan/G. Tullock,* The Calculus of Consent (1962); *G.J. Stigler,* The Citizen and the State (1975); *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975). Die Theorie wird heute überwiegend durch Beiträge in der Zeitschrift 'Public Choice' vorangetrieben.

229 Vgl. *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 308 ff. (311) – Charakterisierung und Kritik der *public choice theory; C. Kirchner,* Ökonomische Theorie des Rechts (1997), S. 23 ff. – *public choice* als »Ökonomische Theorie der Verfassung«.

230 *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975), S. 60 ff.

231 Zum Idealzustand einer 'geordneten Anarchie' und seiner Unmöglichkeit siehe *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975), S. 189.

einer anerkannten Trennungslinie zwischen menschlichen Interessensphären[232]. Daraus entstehen zwangsläufig Konflikte: Gibt es beispielsweise in einer gedachten Welt mit zwei Menschen nur einen einzigen Obstbaum, so fehlt jedes Kriterium dafür, wer wann welche Früchte beanspruchen darf. Nicht zwangsläufig gewinnt immer der Stärkere. Auch wer in körperlicher Auseinandersetzung chancenreich ist, könnte mangels Ausdauer oder Wachsamkeit unterliegen[233]. In einer gedachten Zweipersonenwelt verschwenden die Beteiligten ihre Energie. Sie sind so sehr mit der Organisation und Verteidigung ihres Vorteils beschäftigt, daß die Zeit unbeeinträchtigten Genusses gering bleibt. *Buchanan* argumentiert deshalb, daß schon in einer gedachten Welt mit zwei Personen die vertragliche Abgrenzung der individuellen Handlungsbereiche für alle besser ist als eine natürliche Verteilung[234]. Zur Konfliktvermeidung seien darum Eigentumsrechte und Vertragsfreiheit festzulegen und von einer staatlichen Zwangsgewalt zu sichern. Erst durch Eigentumsrechte und Vertragsfreiheit wird die Begründung ökonomischer Austauschbeziehungen möglich, die ihrerseits dem unerreichbaren Ideal einer geordneten Anarchie am nächsten kommen und darum die Grundlage einer optimalen sozialen Ordnung bilden. Insoweit besteht die rationale Notwendigkeit für einen im übrigen neutralen, protektiven Staat.

b) Das Drohspiel als Sozialvertrag

Buchanan entwirft einen zweistufigen Sozialvertrag: Der konstitutionelle Vertrag der ersten Stufe verteilt einen Gütergrundbestand und regelt die Rechte der Beteiligten daran. Der postkonstitutionelle Vertrag der zweiten Stufe regelt den Austausch privater und die Bereitstellung öffentlicher Güter (*public goods*).

Für den *konstitutionellen* Vertrag sind nach *Buchanan* die ungleichen Neigungen und Fähigkeiten der Beteiligten zu berücksichtigen. Jedem Individuum kommen eigene Präferenz- und Produktionsfunktionen zu. Läßt man diese Funktionen in einer Welt knapper Ressourcen zunächst ohne Beschränkung in einer vorvertraglichen Phase aufeinanderprallen, so stellt sich ein Gleichgewichtszustand ein, bei dem keine Person einen Anreiz hat, ihr Verhalten zu ändern. Dieser Gleichgewichtszustand enthält die *natürliche Güterverteilung* in der Anarchie. Das Gleichgewicht kann auch darin bestehen, daß einzelne Menschen getötet oder, gewissermaßen als milderes Mittel zu ihrer Vernichtung, durch einen Sklavereivertrag verpflichtet werden, für die Herrschenden Dienste zu leisten[235]. Der Gleichgewichtszustand bildet einen Nichteinigungspunkt, der durch die Entwaffnung im Rahmen der konstitutionellen

---

232 *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975), S. 198 wendet sich insbesondere gegen den von *Locke* behaupteten Anspruch auf natürliche Produkte und die Früchte der eigenen Arbeit.

233 Vgl. das Argument bei *T. Hobbes,* Leviathan (1651), Kapitel 13: »Nature has made men so equall, ... the weakest has strength enough to kill the strongest, either by secret machination, or by confederacy with others«. Die spätere Bedeutung des Arguments folgte vor allem daraus, daß sie als Grundlage für das Konsensgebot galt; vgl. *D. Hume,* On the Original Contract (1741), S. 357: »When we consider how nearly equal all men are in their bodily force, and even in their mental powers and faculties, till cultivated by education, we must necessarily allow that nothing but their own consent could at first associate them together and subject them to any authority.«

234 *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975), S. 192.

235 *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975), S. 60 ff.

Vereinbarung festgeschrieben wird. Mit der Entwaffnung sind gleichzeitig die Grenzen der Handlungsfreiheit (*limits of liberty*) und die korrespondierenden Eigentumsrechte festgelegt. Insgesamt enthält der konstitutionelle Vertrag also drei Elemente, die zusammen die *protektive Funktion* des Staates bestimmen: den Entwaffnungsvertrag, die Definition von Eigentumsrechten und die Bedingungen für die Ausübung von Zwangsgewalt. Er enthält darüberhinaus als viertes Element die Grenzen für die *produktive Funktion* des Staates, also die Bestimmungen darüber, wann das Kollektiv Entscheidungen über Bereitstellung und Finanzierung öffentlicher Güter treffen darf.

Der *postkonstitutionelle* Vertrag baut auf diesem vierten Element des konstitutionellen Vertrags auf. Die spontan entstehenden Marktbeziehungen zwischen Beteiligten des konstitutionellen Vertrags sind wegen hoher Transaktionskosten im Mehrpersonenverhältnis und wegen des *Free-Rider-Problems*[236] nicht geeignet, effiziente Ergebnisse zu liefern. Für eine effiziente Bereitstellung öffentlicher Güter müssen Regeln über eine kollektive Entscheidung der Gemeinschaft in einem weiteren Sozialvertrag festgelegt werden. Dieser postkonstitutionelle Vertrag unterliegt den Beschränkungen des vorausgehenden konstitutionellen Vertrags.

Insgesamt kann man *Buchanans* Theorie als prozedurale Gerechtigkeitstheorie verstehen, die darlegt, daß selbst krasseste Ungleichbehandlungen (Sklaverei) aus der Perspektive hobbesianischer Sozialvertragstheorien 'gerecht' erscheinen können, wenn man die individuelle Nutzenmaximierung mit dem gedanklichen Modell des hypothetischen Drohspiels kombiniert.

3. *Theorie der realistischen Verhaltenshypothesen (J.R. Lucas)*

Lucas, der die Erkenntnisse von *Nash, Harsanyi* und *Selten* in grundlegender Weise um eine Theorie der rationalen Erwartungen (*rational expectations*) erweitert hat, lehnt die von *Braithwaite* und *Buchanan* verwendete Drohspielbedingung als für rationales Verhalten nicht relevant ab[237]. Wer seine eigene kluge Strategie wähle, also diejenige, die die eigenen Interessen am besten fördert oder sichert, der würde nicht von ihr abweichen, nur um Vergeltung an der Gegenpartei zu üben[238]. Wenn maximal effektive Drohstrategien angewandt werden sollen, so müßten diese, um glaubwürdig zu sein, auch durch eine realistische Bindung an das angedrohte Verhalten gestützt sein[239]. Das sei aber real nicht der Fall, da sich keine Partei von der beiderseitigen Verschlechterung irgendwelche Vorteile erhoffen könne. Der realistische und damit richtige Nichteinigungspunkt liege also nicht in einem Szenario maximaler Drohung, sondern die Beteiligten seien wie gegenseitig desinteressierte Mitarbeiter einer Uni-

---

236 Als *Free-Rider-*, Trittbrettfahrer- oder Schwarzfahrer-Problem wird die Tendenz einzelner Individuen bezeichnet, sich unerkannt an den Früchten der Massenkooperation zu beteiligen, ohne einen eigenen Beitrag zu leisten. Dazu unten S. 333 (Trittbrettfahrerproblem).

237 *J.R. Lucas,* Moralists and Gamesmen (1959), S. 1 ff. (9). Ebenso, wenn auch ohne Begründung, *Selten;* dazu oben S. 175 (Theorie der relevanten Gleichgewichtspunkte).

238 Vgl. *J.R. Lucas,* Moralists and Gamesmen (1959), S. 9 f.

239 Vgl. *J.R. Lucas,* Moralists and Gamesmen (1959), S. 9 f.

versität anzusehen: Sie sind weder Freunde noch Feinde und behandeln einander distanziert, wenn auch nicht unhöflich[240].

4. *Ergebnisse*

Theorien zum Nichteinigungspunkt modellieren rationales Entscheiden etwas anders als die spieltheoretischen Kalküle zu relativen Nutzenfaktoren. Bei ihnen geht es im Kern um die Frage, ob ein Drohspiel in die Berechnung der Ausgangsposition einbezogen werden muß und zu welchen Ergebnissen das führen würde. Diese Frage muß nach wie vor als unbeantwortet angesehen werden[241].

IV. *Theorien des neohobbesianischen Sozialvertrags*

Neohobbesianische Sozialvertragstheorien sind diejenigen Theorien rationalen Entscheidens, die als Prozedur des rationalen Entscheidens im Sinne von D_{4RC} eine hypothetische Vereinbarung egoistischer Nutzenmaximierer über die soziale Ordnung (Sozialvertrag) annehmen. Von den bislang behandelten Theorien unterscheiden sie sich in ihrem Gegenstandsbereich: Sozialvertragstheorien sind Makrotheorien, Nutzenkalkültheorien hingegen Mikrotheorien der Gerechtigkeit[242]; die Vergleichbarkeit innerhalb dieser Theoriegruppe wird methodisch erst durch die Skalierbarkeitsthese belegt[243]. Im Einzelfall können zu den neohobbesianischen Sozialvertragstheorien auch solche Theorien zählen, die als ihr historisches Vorbild nicht *Hobbes*, sondern *Locke* wählen.

1. *Theorie der Maximin-Wahl? (J. Rawls)*

In der politischen Philosophie von *Rawls* lassen sich nach der Art der Gerechtigkeitsbegründung drei verschiedene Elemente unterscheiden. Das erste ist die entscheidungstheoretische Begründung von Prinzipien mit Hilfe der Maximin-Regel. Das zweite ist die Beschreibung einer sozialvertraglichen Ursprungssituation der Fairneß (*original position*). Das dritte ist die Stabilisierung des Ergebnisses mit Hilfe des Überlegungsgleichgewichts (*reflective equilibrium*). Die letzten beiden Elemente sind methodisch, inhaltlich und entwicklungszeitlich in der *Rawls*schen Philosophie so deutlich getrennt, daß sie in dieser Untersuchung an späterer Stelle als zwei unterscheidbare Gerechtigkeitstheorien behandelt werden, die mit 'Gerechtigkeit als Fairneß' und 'Politischer Liberalismus' tituliert werden[244]. Hier soll zunächst nur das erste Element interessieren, denn mit der entscheidungstheoretischen Komponente ist letztlich die Perspektive des egoistischen Nutzenmaximierers eingenommen, was

---

[240] *J.R. Lucas*, Moralists and Gamesmen (1959), S. 10: »There is no vindictiveness, only indifference.«
[241] Dazu unten S. 274 ff. (Grenzen der Spieltheorie als Gerechtigkeitstheorie).
[242] Dazu oben S. 110 (Mikro-, Meso- und Makrotheorien).
[243] Dazu oben S. 111 (Skalierbarkeitsthese).
[244] Dazu unten S. 199 ff. (kantische Sozialvertragstheorien).

weder der kantischen noch der utilitaristischen Sichtweise entspricht[245]. Die Wurzeln dieser Komponente lassen sich bis zum philosophischen Frühwerk von *Rawls* zurückverfolgen[246]. Durch die Benutzung des Maximin-Prinzips kombiniert *Rawls* in seiner Theorie Elemente rationalen Entscheidens mit eigentlich rationalitätsfremden, weil nicht vorteilsorientierten, moralischen Elementen. Deshalb eignet sich die Theorie, um zu zeigen, in welchen Fällen eine Gerechtigkeitstheorie trotz rationalistischer Rhetorik *keine* Entscheidungstheorie der hobbesianischen Grundposition ist.

In der ursprünglichen Gerechtigkeitstheorie von *Rawls* war mit der Maximin-Regel an prominenter Stelle, nämlich bei der Entscheidung über den Inhalt der Gerechtigkeitsprinzipien und ihr Verhältnis zueinander[247], ein Baustein aus der Theorie rationalen Entscheidens enthalten[248]. Die Maximin-Regel ist eine Entscheidungsregel, die nur für Entscheidungen bei völliger Unsicherheit gilt, d.h. wenn Wahrscheinlichkeitsmaße überhaupt nicht bekannt sind[249]. Die Regel spiegelt die pessimistische Grundhaltung bzw. das Verhalten eines risikoscheuen Entscheidungsträgers wider, vergleichbar etwa der Perspektive eines Versicherungsnehmers[250]. Gewählt wird diejenige Lösung, bei der der minimale (Kooperations-)Gewinnanteil, der in jedem Fall gesichert bleibt, sich auf möglichst hohem Niveau befindet und in diesem Sinne maximal ist[251]. *Rawls* definiert die Bedingungen seines Urzustands (*original position*) durch Einführung von Unkenntnis der eigenen natürlichen Eigenschaften und Dispositionen (*veil of ignorance*) bewußt so, daß die Maximin-Regel Anwendung findet[252]. Aus der Anwendung der Regel leitet *Rawls* seine beiden Gerechtigkeitsprinzipien ab – er stellt die Wahl der Prinzipien als eine rationale Entscheidung dar[253]

---

245 Kantische Theorien knüpfen nicht an die Konsequenzen des Handelns an, also auch nicht an die Vorteilhaftigkeit im Handlungsergebnis, sondern sie fragen nach der *Richtigkeit* der Handlung selbst; utilitaristische Theorien fragen nicht nach *egoistischer*, sondern allenfalls nach *kollektiver* Nutzenmaximierung.

246 *J. Rawls,* Outline of a Decision Procedure for Ethics (1951), S. 177 ff.

247 Dazu unten S. 203 ff. (Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit).

248 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 26, S. 152 ff.

249 Selbst dort ist sie noch umstritten; *J.C. Harsanyi,* Maximin Principle (1975), S. 595 ff.; *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 422. Einigermaßen sicher belegt ist sie nur für sogenannte Zweipersonen-Nullsummenspiele; vgl. *J.v. Neumann/O. Morgenstern,* Theory of Games (1944).

250 Dieser Vergleich stammt von *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 422.

251 Vgl. bei der Theorie *Gauthiers* die Aussagen zum *maximin relative benefit*, S. 189 ff. (Gerechtigkeit als minimax relative Konzession). Das Differenzprinzip der Gerechtigkeit spiegelt diese Regel unmittelbar wider; *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 46, S. 302: »Social and economic inequalities are to be arranged so that they are ... to the greatest benefit of the least advantaged.« Dazu unten S. 203 (Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit).

252 Ausdrücklich *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 26, S. 155 f.: »Now, as I have suggested, the original position has been defined so that it is a situation in which the maximin rule applies. ... The parties have no basis for determining the probable nature of their society, or their place in it. ... Those deciding are much more in the dark than the illustration by a numerical table suggests. It is for this reason that I have spoken of an analogy with the maximin rule.«

253 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 26, S. 156 f.: »The minimum assured by the two principles in lexical order is not one that the parties wish to jeopardize for the sake of greater economic and social advantages. ... These remarks about the maximin rule are intended only to clarify the structure of the choice problem in the original position.«

und identifiziert seine Gerechtigkeitstheorie sogar ausdrücklich mit Theorien rationalen Entscheidens[254].

Obwohl *Rawls* mit der Maximin-Regel auf die Entscheidungstheorie zurückgreift, wird seine Gerechtigkeitstheorie doch *keine* Entscheidungstheorie der Gerechtigkeit. Als solche müßte sie Gerechtigkeitsnormen genau dann für richtig halten, wenn diese das Ergebnis eines rationalen Entscheidungsverfahrens sein können (D_{4RC}). Doch bei aller Betonung des rationalen Entscheidens[255] handelt es sich bei *Rawls* Prinzipienfindung eben *nicht* um eine rationale Wahl. Denn das in der Maximin-Regel liegende Entscheidungselement verliert bei näherer Betrachtung seine Radikalität als individuelle Nutzenmaximierung dadurch, daß *Rawls* die Wahl bewußt in eine (hypothetische und kontrafaktische) Situation verlagert, in der durch gemeinsame Unkenntnis der Parteien ein Zustand von Freiheit und Gleichheit bereits vorgezeichnet ist[256]. *Rawls* setzt, anders als *Gauthier*, gerade nicht praktische Vernunft mit rationaler Entscheidung gleich[257]. Seine Vernunftkonzeption ist diejenige der kantischen Tradition, nicht die des Entscheidungsrationalismus[258]. Ganz unabhängig von der Tatsache, daß die Anwendbarkeit der Maximin-Regel überzeugend widerlegt[259] und auch von *Rawls* nach anfänglichen Rettungsversuchen[260] aufgegeben

---

[254] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 3, S. 16: »[W]e have to ascertain which principles it would be rational to adopt given the contractual situation. This connects the theory of justice with the theory of rational choice.« Zum Widerruf dieses 'Fehlers' siehe *ders.*, Political Liberalism (1993), S. 53 mit Fn. 7: »[T]his is simply incorrect. What should have been said is that the account of the parties, and of their reasoning, uses the theory of rational decision, though only in an intuitive way.«

[255] Vgl. etwa *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 3, S. 13: »One feature of justice as fairness is to think of the parties in the initial situation as rational and mutually disinterested. This does not mean that the parties are [only interested] in wealth, prestige, and domination. But they are conceived as not taking an interest in one another's interests.«

[256] Dieser Effekt des 'Schleiers des Nichtwissens' (*veil of ignorance*) ist beabsichtigt; *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 3, S. 11: »Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society are the object of the original agreement. They are principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association.«

[257] *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 51 f.: »They [*Gauthier* and others] think that if the reasonable can be derived from the rational, that is, if some definite principles of justice can be derived from the preferences, or decisions, or agreements of merely rational agents in suitably specified circumstances, then the reasonable is at last put on a firm basis. ... Justice as fairness rejects this idea.«

[258] So letztlich auch *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 53 mit Fn. 7: »This theory ... tries to give account of reasonable principles of justice. There is no thought of deriving those principles from the concept of rationality as the sole normative concept. I believe that the text of *Theory* as a whole supports this interpretation.« (Hervorhebung bei *Rawls*).

[259] Maßgeblich durch *J.C. Harsanyi,* Maximin Principle (1975), S. 595 ff. (595): »If you took the maximin principle seriously then you could not ever cross a street (after all, you might be hit by a car) ... If anybody really acted this way he would soon end up in a mental institution...«. Grundlegende Kritik an der Anwendbarkeit der Maximin-Regel auch bei *J. Fishkin,* Justice and Rationality (1975), S. 618, 627 f.; zusammenfassend *P. Koller,* Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987), S. 93 ff.

[260] *J. Rawls,* Some Reasons for the Maximin Criterion (1974), S. 142: »[T]he maximin criterion is not meant to apply to small-scale situations ... Maximin is a macro not a micro principle.« Zur Widerlegung dieses Einwandes siehe *J.C. Harsanyi,* Maximin Principle (1975), S. 605.

wurde[261], ist die *Rawlssche* Vertragstheorie jedenfalls *keine* neohobbesianische Sozialvertragstheorie.

2. *Theorie des libertären Minimalstaats (R. Nozick)*

Nozick entwirft eine Sozialvertragstheorie des libertären Minimalstaats[262], die als Theorie rationaler Entscheidung angelegt ist[263] und wie diejenige *Buchanans* von einem Szenario maximaler Drohung ausgeht[264]. *Nozick* bejaht indes, in Anlehnung an *Locke*[265] und damit anders als *Buchanan,* vorpolitische Rechte auf Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum – sein Naturzustand ist unpolitisch, aber nicht unmoralisch[266]. Die soziale Anerkennung der Rechte läßt sich nach *Nozick* durch mehrstufige Sozialverträge im Wege eines Gedankenexperiments zeigen[267]. Die Theorie unterscheidet zwei Begründungsschritte, deren erster die notwendige Entwicklung eines Staates aus dem Naturzustand und seine Legitimation als Minimalstaat darstellt. Im zweiten Schritt begründet *Nozick,* warum aus seiner Sicht kein weitergehender Staat als der Minimalstaat, also insbesondere kein Staat mit redistributiven Elementen, gerechtfertigt werden kann[268].

---

[261] Der Ansatz einer rationalen Entscheidungstheorie, dem auch die Maximin-Ausführungen in der ursprünglichen Theorie zuzurechnen sind, wird von *Rawls* inzwischen nur noch im Sinne eines »intiutive way« für anwendbar gehalten; J. *Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 53 mit Fn. 7. Der Sache nach wird damit die Maximin-Regel als Gerechtigkeitskriterium aufgegeben.

[262] Vgl. *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 149: »The minimal state is the most extensive state that can be justified. Any state more extensive violates people's rights.«; S. 297: »No state more extensive than the minimal state can be justified.«; S. 333: »The framework for Utopia that we have described is equivalent to the minimal state.« *J.R. Lucas,* Principles of Politics (1966), S. 287 ff. hat bereits vor *Nozick* darauf hingewiesen, daß es vernünftige Gründe geben kann, einen Minimalstaat zu verlangen. Allerdings argumentiert er vor allem mit Totalitarismusresistenz und hält letztlich die Gründe, die gegen einen Minimalstaat sprechen, für gewichtiger (S. 292 ff.). *Lucas* definiert (S. 369): »A *Minimum State* is an unselective, coercive community with no functions, purposes, or ideals, other than the maintenance of law and order.« (Hervorhebung bei *Lucas*).

[263] Zur Verwendung der Theorie rationaler Entscheidung als *normativer* Theorie vgl. *R. Nozick,* Nature of Rationality (1993), S. 41: »An elaborate theory of rational decision has been developed by economists and statisticians, ... it stands as the dominant view of the conditions that a rational decision should satisfy: it is the dominant normative view.«

[264] Vgl. *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 12 ff. – Schutzvereinigungen. Gerade in der Verteidigung gegen latente Bedrohung besteht der Sinn von Schutzvereinigungen.

[265] *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 9 ff.

[266] *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 6: »Our starting point then, though nonpolitical, is by intention far from nonmoral.«

[267] *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 10 ff.

[268] *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 147 ff. In der philosophischen Diskussion hat nur diese ursprüngliche, radikalliberale Konzeption Bedeutung erlangt; zu den späteren Bedenken und Relativierungen vgl. *R. Nozick,* The Examined Life (1989), S. 286 ff.

a) *Anerkennung persönlicher Integrität (Schutzvereinigungen)*

Der erste Begründungsschritt beginnt mit der Hypothese, daß Menschen sich im Naturzustand zu einfachen Gemeinschaften zum Schutz ihrer Rechte vor Verletzungen durch Dritte zusammenschließen würden[269]. Diese *Schutzvereinigungen* können nur dann einigermaßen effektiv funktionieren, wenn ihre Mitglieder auf Privatvergeltung verzichten und auch untereinander keine Selbstjustiz üben[270]. Unter mehreren Schutzgemeinschaften innerhalb eines geographischen Bereichs wird sich eine *vorherrschende Schutzgemeinschaft* herausbilden, der zum Territorialstaat allerdings noch das territoriale Gewaltmonopol fehlt, weil die Mitgliedschaft freiwillig bleibt und jede Schutzleistung von Gegenleistungen des Mitglieds abhängt[271]. Gegenüber Außenseitern entwickelt sich aber ein *faktisches Gewaltmonopol* dadurch, daß die Schutzvereinigung abweichendes Verhalten im Interesse eines umfassenden Schutzes für ihre Mitglieder nicht zulassen kann[272]. Wegen des allgemeinen *Entschädigungsgrundsatzes* bei Rechtsbeeinträchtigung muß sie darum im Gegenzug den Außenseitern unabhängig von ihrer Mitgliedschaft auch Schutz gewähren, um als Institution weiterhin moralisch gerechtfertigt (d.h. auch: 'gerecht') zu sein[273]. Damit entsteht der legitime *Ultraminimalstaat*[274]. Er wird zum *Minimalstaat*, indem aus entsprechenden Erwägungen auch die nicht Beitragsfähigen (z.B. Kleinkinder, bestimmte Behinderte, mittellose Alte) als Mitglieder aufgenommen und in den Schutz einbezogen werden, wodurch gleichzeitig eine durch das gemeinsame Schutzinteresse begrenzte *minimale Umverteilung* stattfindet[275].

b) *Anerkennung der Güterzuordnung (Anspruchstheorie)*

Der zweite Begründungsschritt knüpft an eine historische Vorstellung legitimen Erwerbs an[276]. Mit Ausnahme der erwähnten minimalen Umverteilung im Rahmen des für umfassenden Rechtsschutz Notwendigen gibt es *keine legitime Umverteilung* von Besitz. Nach der von *Nozick* so bezeichneten *Anspruchstheorie* (*entitlement theory*) ist der Besitz eines Menschen genau dann gerecht, wenn für ihn nach den drei Grundsät-

---

269 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 12: »How might one deal with these troubles within a state of nature? ... Groups of individuals may form mutual-protection associations«.

270 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 15: »The agency need only refuse a client *C,* who privately enfoces his rights against other clients, any protection against counterretaliation upon him by these other clients. ... This reduces intra-agency private enforcement of rights to minuscule levels.«

271 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 22 ff.

272 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 108 ff. (*de facto monopoly*), sowie bereits S. 101: »[A] dominant protective association ... may announce, and act on the announcement, that it will punish anyone who uses on one of its clients a procedure that it finds to be unreliable or unfair.«

273 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 112: »Thus the dominant protective agency must supply the independents ... with protective services against its clients«.

274 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 113: »The protective agency dominant in a territory does satisfy the two crucial necessary conditions for being a state.«

275 So bereits die Ansätze zur Rechtfertigung einer minimalen Umverteilung bei *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 26 ff. (*minimal vs. ultraminimal state*).

276 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 153 ff. (155): »The entitlement principles of justice in holdings that we have sketched are historical principles of justice.«

zen der gerechten Aneignung, Übertragung und Berichtigung ein Anspruch besteht. Berichtigung in diesem Sinne erfaßt aber nur den Ausgleich historischer Ungerechtigkeiten bei Aneignung und Übertragung, nicht aber allgemeine Umverteilung nach Ergebnisvorstellungen (*end-state principles*), da eine solche Umverteilung Rechte verletze, ohne selbst gerechtfertigt zu sein. In Abgrenzung zu *Rawls* konkretisiert *Nozick* seine Theorie des Besitzes durch eine Argumentationskette, die beim Anspruch aller Menschen auf ihre natürlichen Gaben beginnt, dann folgert, daß sich der Anspruch auf alle aus den Begabungen sich ergebenden Ansprüche erstrecken muß und hierunter schließlich die Aneignung und der Erwerb von Besitz fällt[277]. Demzufolge ist jeglicher Besitz, mag er auch noch so ungleich sein und auf noch so ungleichen Erwerbsfähigkeiten der Beteiligten beruhen, gerecht, wenn er nur die Regeln gerechter Aneignung und Übertragung nicht verletzt.

c) Moralischer Gehalt der Theorie

Eine Reihe von Gerechtigkeitstheorien, die praktische Richtigkeit mit rationaler Entscheidung identifizieren und insofern Kandidaten für 'Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit' im Sinne der Definition D_{4RC} sind, fallen dadurch auf, daß sie außer den Vorteilserwägungen auch moralische Gehalte aufweisen, weil sie nicht vollständig an der Perspektive des egoistischen Nutzenmaximierers orientiert sind. Zu diesen gehört auch die Theorie *Nozicks.* Denn in den Entscheidungserwägungen greift die Theorie unter anderem auf die Konzeption vorpositver Rechte bei *Locke* zurück. Damit stellt sich die Frage, ob die Theorie trotz dieses moralischen Gehalts noch als Entscheidungstheorie der Gerechtigkeit im Sinne von D_{4RC} qualifiziert werden kann. Die Antwort hängt davon ab, ob *Nozick* Gerechtigkeitsnormen *genau dann* für richtig hält, wenn sie das Ergebnis eines rationalen Entscheidungsverfahrens sein können, oder ob nach seiner Theorie noch andere (moralische) Kriterien eine Rolle spielen. Da *Nozick* sich selbst nicht ausdrücklich zu dieser Frage äußert, kommt es auf eine Interpretation seiner Theorie an, die bezüglich des Verhältnisses von moralischen zu rationalistischen Elementen innerhalb des Begründungskonzeptes mehrere Deutungen zuläßt.

Der moralische Gehalt liegt in der Bezugnahme auf die *Lockesche Provisio* und der damit verbundenen Annahme *vorpositiver Rechte*[278]. Die Lockesche Provisio besagt, daß bei jeder originären Aneignung noch »genug und genauso Gutes für andere übrig sein muß«[279], was von *Nozick* als allgemeines Schädigungsverbot interpretiert wird[280]. Von der Pflicht, andere nicht zu schädigen, bis zu dem Recht anderer, nicht geschädigt zu werden, ist es dann nur noch ein kleiner Schritt, in dem *Nozick* sich *Locke* anschließt, wodurch er letztlich zu seiner Anspruchstheorie gelangt.

Die Lockesche Provisio wird von *Nozick* in zwei Auslegungsvarianten präsentiert, einer strengen und einer abgeschwächten[281]. In der strengen Interpretation bezieht

---

277 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 206 ff.

278 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 174 ff.

279 *J. Locke,* Two Treatises of Government (1698), II § 33: »enough, and as good left«.

280 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 175.

281 *Nozick* spricht von einer Interpretation als '*stringent* requirement' und einer solchen als '*weak* requirement'; *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 176.

sich das Beeinträchtigungsverbot sowohl auf die gegenwärtige als auch auf mögliche zukünftige Güternutzungen durch andere. Eine Aneignung verletzt Rechte anderer schon dann, wenn nicht eine unbegrenzte Fülle an Gütern jedem von ihnen auch zukünftig gleiche Aneignungsmöglichkeiten offenhält. In der abgeschwächten Interpretation bezieht sich das Beeinträchtigungsverbot dagegen nur auf die reale Güternutzung. Eine Aneignung verletzt die Rechte anderer nur, wenn diesen dadurch Güter, die sie bisher bereits genutzt haben, nicht mehr zur Verfügung stehen. Nur in dem abgeschwächten Sinn läßt *Nozick* die Lockesche Provisio gelten[282]. Sein Schädigungsverbot ist also nur ein *Ingerenzverbot*, das die Integrität der real bestehenden Güter anderer schützt, nicht dagegen ein Verbot mittelbarer Beeinträchtigungen durch die allgegenwärtige Konkurrenz um begrenzte Ressourcen.

In diesem abgeschwächten Sinn kommen auch die 'Rechte' in *Nozicks* Anspruchstheorie zur Geltung. Rechte, die bei strenger Interpretation auch positiv als Rechte *auf* etwas bestehen könnten (z.B. eine neue, andere Güterverteilung), sind bei *Nozicks* schwacher Interpretation des Schädigungsverbots lediglich Rechte *gegen* Eingriffe in den Bestand. *Nozick* überträgt also nur den Integritätsschutz, der bei der Integrität der Person (Leib, Leben) durch den Minimalstaat gesichert wird, auf die Integrität von Sachgütern im Rahmen der Anspruchstheorie. Damit bleibt die Lockesche Provisio bei *Nozick* bloßes Darstellungsmittel, ist aber für die Begründung funktionslos: Begründet sind Sachansprüche nämlich schon deshalb, weil die Mitglieder der Schutzgemeinschaft die Sachgüter einbringen, so daß diese automatisch zur Gesamtheit der Güter gehören, deren Integrität durch den Minimalstaat geschützt wird. Das ist eine reine Vorteilsüberlegung egoistischer Nutzenmaximierer, bei der es für jeden einzelnen besser ist, das zu sichern, was er hat, als in der ständigen Unsicherheit einer schutzlosen Güterzuordnung zu leben. Der Minimalstaat ist kein Umverteilungsorganisator, der kritisch nach der Richtigkeit der Zuordnung fragt, sondern ein bloßer Schutzstaat, in dem jeweils das geschützt ist, was seine Mitglieder als Güterbestand eingebracht haben. Für die Schutzgemeinschaftsargumentation muß *Nozick* die Lockesche Provisio und ihren moralischen Gehalt vorpositiver Rechte also überhaupt nicht aktivieren. Es sind nicht die Rechte, die den Staat gebieten, sondern die Vorteilhaftigkeit des Staates, der im Ergebnis zur Anerkennung von Rechten führt. Daß die solchermaßen anerkannten Rechte nach *Nozicks* Auffassung schon als vorpositive angelegt sind, ist keine notwendige Voraussetzung für ihre rationale Begründung.

Bei der Qualifizierung der Theorie *Nozicks* als Entscheidungstheorie der Gerechtigkeit ist deshalb folgende Interpretation am naheliegendsten: Der Minimalstaat einschließlich der in ihm geschützten Güterzuordnung ist allein auf Vorteilserwägungen gegründet. Die Lockesche Provisio, die *Nozick* zur Orientierung heranzieht, wirkt sich in seinem Sozialvertragsmodell nicht als Begründungselement aus. Es handelt sich um eine Gerechtigkeitstheorie rationalen Entscheidens.

3. Theorie der Moral durch Vereinbarung (D.P. Gauthier)

Gauthiers Gerechtigkeitstheorie geht in der Einbeziehung moralischer Elemente weiter als diejenige *Nozicks*. Sie enthält den wohl umfassendsten Entwurf einer argu-

282 *R. Nozick,* Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 178 ff.

mentativen Erstreckung der (analytischen[283]) Theorie rationalen Entscheidens auf eine (normative) Gerechtigkeitstheorie in der politischen Philosophie[284]. Ihre Grundthese lautet, daß Moralität vollständig als rationale Entscheidung darstellbar ist[285]. Die wichtigsten Instrumente der Theorie sind die 'Lockesche Provisio' (a) und das Konzept der 'minimax relativen Konzession' (b).

a) Nichteinigungspunkt und Lockesche Provisio

In *Gauthiers* Theorie gestaltet sich gegenseitige Drohung – wie bei *Lucas* und *Selten*[286] – als rein hypothetisch und hat keinerlei Einfluß auf den Nichteinigungspunkt[287]. Diese Aussage richtet sich vor allem gegen *Buchanans* Theorie, nach der die natürliche Güterverteilung nicht nur darin besteht, was jeder ohne Einfluß der anderen haben würde, sondern vielmehr korrigiert wird um dasjenige, was sich die Parteien gegenseitig durch Drohung abpressen könnten: Der Schwächere wird gezwungen, willentlich etwas von seinen Gütern abzugeben, nur weil er schwächer ist[288]. Demgegenüber soll der Nichteinigungspunkt laut *Gauthier* durch das Bestreben der Parteien definiert sein, *unabhängig voneinander* so gut wie möglich abzuschneiden, ohne aber dem jeweils anderen zu drohen. Diese Position wird auch als Sicherheitsstufe (*security level*) bezeichnet[289]. Relativ zur Sicherheitsstufe sind dann Kooperationsgewinne *gleichmäßig* zwischen den Parteien zu verteilen. Gerecht ist danach das Ergebnis, das deshalb Ausdruck einer rationalen Entscheidung ist, weil es den relativ zu einer Grundposition der Nichtkooperation (Sicherheitsstufe) entstehenden Gewinn gleichmäßig auf die Parteien verteilt.

Gauthier entwickelt seine Gerechtigkeitstheorie zu einer Sozialvertragstheorie weiter, in der die Rechtfertigung des Nichteinigungspunkts deutlicher wird. Ausgangspunkt der Theorie ist die oben als Sicherheitsstufe bezeichnete Situation der Nichtdrohung. *Gauthier* argumentiert, daß es für Beteiligte an Kooperationen und Vertragsschlüssen nur dann rational ist, sich an die Vereinbarungen zu halten, wenn

---

283 Theorien rationalen Entscheidens sind zunächst analytische Theorien, d.h. sie betreffen die logische Widerspruchsfreiheit von Entscheidungen gemessen an den Parametern, die der Entscheidung zugrundegelegt werden. Der gedankliche Schritt, mit dem diese (analytisch) als rational erkannten Entscheidungen dann auch (normativ) als gesollt angesehen werden, ist davon zu unterscheiden. Dieser Unterschied wird indes nur selten ausdrücklich betont. Erwähnung findet die Folge der Normativität etwa bei *R. Nozick,* Nature of Rationality (1993), S. 41: »[The] theory of rational decision ... stands as the dominant view of the conditions that a rational decision should satisfy: it is the dominant normative view.«

284 Zur Normativität der entstehenden Theorie siehe *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 2: »We shall develop a theory of morals. Our concern is to provide a justificatory framework for moral behaviour and principles, not an explanatory framework. Thus we shall develop a normative theory.«

285 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 2 ff. (4): »To choose rationally, one must choose morally.«

286 Dazu oben S. 175 (*Selten*) sowie S. 179 (*Lucas*).

287 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 200.

288 Ausführlich zur Kritik *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 196.

289 B. Barry, Theories of Justice, S. 67 ff.

die Ausgangsposition nicht erzwungen war[290]. Schlichte Nichtkooperation drückt sich, ähnlich wie bei *Nozick*, in der Lockeschen Provisio (*Lockean provisio*) aus, nach der bei jeder Verteilung »genug und genauso Gutes für andere übrig sein muß«[291]. Nach *Gauthier* bedeutet dies, wiederum ähnlich wie bei *Nozick*, daß es verboten ist, die eigene Situation durch eine Interaktion zu verbessern, durch die sich die Situation anderer verschlechtert[292]. Verbesserung und Verschlechterung beurteilt sich danach, ob das Handeln *conditio sine qua non* des Ergebnisses ist, also nach einer schlichten Äquivalenzformel[293]. So ist es etwa verboten, die Früchte der Arbeit eines anderen wegzunehmen, außer dieser wollte sie ohnehin nicht nutzen oder wird voll entschädigt[294]. Natürliche Gaben (körperliche und geistige Fähigkeiten)[295] sollen dadurch genauso geschützt sein wie Errungenschaften, so daß sich die Bestimmung als Grundlage eines Systems individueller Rechte und Pflichten (Freiheit und Eigentum) versteht[296]. Allerdings betont *Gauthier*, insoweit anders als *Nozick*, daß diese Rechte nicht das *Ergebnis* einer (sozialvertraglichen) Vereinbarung sind, sondern vielmehr die *Voraussetzung* dafür, daß überhaupt rationale Vereinbarungen getroffen werden können[297]. Durch die Lockesche Provisio und die in ihr vorgegebenen Rechte soll ein mögliches Szenario maximaler Drohung, wie es *Braithwaite* und *Buchanan* benutzen, bei *Gauthier* für die Bestimmung des Nichteinigungspunkts ausgeschlossen sein. Die Lockesche Provisio markiert dabei nicht nur die *minimal* geforderte, sondern gleichzeitig die *maximal* zu fordernde Freiheitsbeschränkung, da alle weitergehenden, auf Gleichheit oder Kooperationspflichten bedachten Handlungsanweisungen (insbe-

---

290 Vgl. *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 192.

291 Mit dem Ausdruck '*Lockean provisio*' (»enough, and as good left« for others) knüpft *Gauthier* an *Locke* und an die Interpretation von *Locke* bei *Nozick* an; siehe *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 192, Fn. 1; dazu *R. Nozick*, Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 178-182; zum Ganzen bereits oben S. 84 ff. (abschließendes Schema der Grundpositionen und die Frage nach einer 'lockeanischen Grundposition').

292 *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 205.

293 *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 204.

294 *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 207, 211.

295 'Basic endowments', vgl. *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 210.

296 *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 227: »As we have seen, interaction constrained by the provisio generates a set of rights for each person, which he brings to the bargaining table of society as his initial endowment.«

297 Vgl. zu diesem zentralen Punkt der Theorie *D. Gauthier*, Morals by Agreement (1986), S. 221 ff. (222): »[T]he emergence of either co-operative or market interaction ... demands an initial definition of the actors in terms of their factor endowments, and we have identified individual rights with these endowments. Rights provide the starting point for, and not the outcome of, agreement. ... We must however recognize that these rights are not inherent in human nature. In defining persons for market competition and for co-operation, they assert the moral priority of the individual to society and its institutions. ... It is only [the] prospect of mutual advantage that brings rights into play, as constraints on each person's behaviour. It is that prospect which enables rights to coexist with the assumption of mutual unconcern. The moral claims that each of us makes on others, and that are expressed in our rights, depend, neither on our affections for each other, nor on our rational or purposive capacities, as if these commanded inherent respect, but on our actual or potential partnership in activities that bring mutual benefit.«

sondere die Umverteilung von Gütern[298]) für eine unparteiische und faire Beschränkung von Interaktion unnötig und deshalb rational nicht begründbar seien[299].

b) Gerechtigkeit als minimax relative Konzession (D_{1G})

Wenn mit der Lockeschen Provisio die Freiheit und das Eigentum als individuelle Rechte begründet werden, so ist damit nach *Gauthier* zwar eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung moralischen Verhaltens erreicht[300]. Will man das Gemeinwesen moralisch gestalten, so müssen alle Beteiligte in ihren kooperativen Praktiken zusätzlich auf ein 'vollständig kooperatives' (*fully co-operative*) Verhalten beschränkt werden. Vollständig kooperativ geht es aber erst zu, wenn alle verhaltensbedingten Kosten internalisiert sind, statt als unkompensierte Kosten anderen aufgebürdet zu werden. *Gauthier* illustriert das am Beispiel der Abfallentsorgung, die auch dann unmoralisch sein könne, wenn sie Freiheit und Eigentum anderer nicht verletze[301]. Vollständige Kooperation ist also mehr als die Anerkennung von Freiheit und Eigentum. Sie führt ein grundlegendes Element materieller Gleichverteilung von Lasten und Gütern ein. Nach *Gauthier* folgt die rationale Notwendigkeit einer solchen Selbstbeschränkung daraus, daß die vollständig kooperative Gesellschaft insgesamt vorteilhaft ist und ihre Mitglieder gleich vernünftig sind (Bedingung gleicher Rationalität), so daß sie gleichermaßen von dem Kooperationsvorteil profitieren müssen[302]. Vollständige Kooperation sei außerdem menschengerecht, denn sie führe zur vollständigen Integration des Individuums in die Gesellschaft[303]. Die dafür rational notwendige Selbstbeschränkung identifiziert *Gauthier* mit Gerechtigkeit[304] und mit der Moral insgesamt[305]. Will man dieses Rationalitätsgebot der Ge-

---

298 Ausdrücklich gegen Umverteilungselemente *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 225: »Interactions based on displaced costs would be redistributive, and redistribution cannot be part of a rational system of co-operation.«

299 Vgl. dazu die Aussagen über *'free rides'* und *'parasitism'* bei *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 217 ff. (219).

300 Vgl. *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 222 f.

301 Vgl. *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 225: »Disposal of wastes ... ignoring all effects on others ... violates the requirement, fundamental to rational co-operation, of mutual benefit proportionate to contribution. If interaction is to be fully co-operative, it must proceed from an initial position in which costs are internalized, and so in which no person has the right to impose uncompensated costs on another.«

302 Vgl. *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 225 ff. – die Pflicht zur Einlassung auf eine vollständig kooperative Gesellschaft wird so behandelt, wie die (von Trittbrettfahrern verletzte) Pflicht, selbst die Regeln einzuhalten, deren Einhaltung von allen anderen erwartet wird. Außerdem ebd., S. 143: »Condition (iii) [Willingness to concede] expresses the equal rationality of the bargainers.«

303 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 225.

304 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 232: »Justice has been silent throught our long discussion of the internal rationality of co-operation. But as we shall now show, justice and reason coincide in a single ideal of co-operative interaction. The principle of minimax relative concession serves not only as the basis for rational agreement, but also as the ground of an impartial constraint on each person's behaviour. And justice is the disposition to abide by this constraint.«

rechtigkeit in eine Regel kleiden, so gilt, daß jeder Einzelne in seinem Handeln nach dem Erfordernis minimax relativer Konzession (*minimax relative concession*) beschränkt ist[306]. Diese Regel bezieht sich auf das Verhandlungsmodell, bei dem die Parteien – anders als bei *Harsanyi*[307] – von jeweils einer einzigen anfänglichen Maximalforderungen ausgehen und dann durch fortschreitende wechselseitige Zugeständnisse zu einem Einigungspunkt gelangen[308]. Minimax relative Konzession ist in der Welt rational möglicher Entscheidungen (*outcome-space*[309]) dasjenige Zugeständnis, das beide Seiten innerhalb einer maximierten Zugeständnisbereitschaft (*willingness to concede, maximum concession*) mindestens gewähren müssen (*minimax*[310]), weil es angesichts seines Gewichts im Verhältnis zum anteiligen Kooperationsgewinn (*relative magnitude of a concession*[311]) noch von rationalen Personen erwartet werden darf[312]. Die minimax relative Konzession stellt umgekehrt gleichzeitig einen maximin relativen Gewinn (*maximin relative benefit*) dar, gleichsam als positives Gegenstück der negativ formulierten Selbstbeschränkung[313]. Diese – noch am Beispiel zu erläuternde – Verteilungsregel der rationalen Entscheidung führt zu einem spezifischen Gerechtigkeitsbegriff der Theorie *Gauthiers:*

---

305 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 232: »We do claim that justice, the disposition not to take advantage of one's fellows, is the virtue appropriate to co-operation, voluntarily accepted by equally rational persons. Morals arise in and from the rational agreement of equals.«

306 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 223-227 (223): »[E]ach is constrained by the requirement of minimax relative concession, within co-operative institutions and practices.«

307 Zum materiellen Unterschied dieser Zugeständnisannäherung, die mit je einer einzigen Maximalforderung beginnt, von dem Modell *Harsanyis,* das mit einer Serie von immer neuen Forderungen und Zugeständnissen arbeitet, siehe ausführlich *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 146 ff. (149 f.).

308 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 133.

309 Beschränkungen der Entscheidungswelt kommen beispielsweise dadurch zustande, daß niemand rational erwarten kann, am alleinigen kooperativen Gewinn anderer teilzuhaben oder mehr zu bekommen, als insgesamt durch Kooperation erzielt wird; *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 133 f.

310 Das Minimaxprinzip besagt minimum-maximum (*minimum maximorum*), d.h. Minimierung innerhalb einer Maximierung (das Kleinste unter den Großen); das Maximinprinzip besagt maximum-minimum (*maximum minimorum*), oder: Maximierung innerhalb einer Minimierung (das Größte unter den Kleinen). Vgl. dazu *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 26, S. 154; *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 155.

311 *Gauthier* arbeitet mit *relativen* Gewichten der Zugeständnisse, weil sie sonst inkommensurabel wären. Solange sich das Gewicht eines Zugeständnisses als Verhältnis seiner absoluten Größe zur absoluten Größe des Kooperationsanteils ausdrückt, also als Wert zwischen 0 (kein Zugeständnis) und 1 (volles Zugeständnis: Verzicht auf den gesamten Kooperationsgewinn), sind die Zugeständnisse unterschiedlicher Personen vergleichbar. Dazu *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 142 und insbesondere S. 136: »Relative concession is independent of the choice of utility scale. Each person's relative concessions are fixed no matter how we choose to measure his utilities. [N]o concession is always 0, ... full concession is always 1. ... Thus we have a measure of relative concession ... without introducing any interpersonal comparison of utility«.

312 Vgl. *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 139 f.: »[T]he principle of minimax relative concession is in fact a principle of minimum equal relative concessions ... it [generally] requires the smallest equal concession, measured relatively, from the bargainers.«

313 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 155.

D_{1G}: Gerechtigkeit im Sinne des Prinzips minimax relativer Konzession ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit desjenigen sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns, auf das sich egoistische Nutzenmaximierer einigen würden, wenn sie sich gegenseitig die mindestens erforderlichen relativen Zugeständnisse machten.

Anhand eines von *Gauthier* selbst benutzten Beispiels zur Verteilung von Kooperationsgewinnen wird deutlich, was mit dem Prinzip der minimax relativen Konzession gemeint ist[314]: A und E haben die Gelegenheit, durch Kooperation einen Gewinn zu realisieren, den sie ohne Zusammenarbeit in Ermangelung von Kooperationsalternativen nicht hätten (Nichteinigungspunkt; bei *Gauthier: 'initial bargaining position'*). Aus der Kooperation würde die A nach Abzug sämtlicher Kosten des E netto $500 erwirtschaften. E würde nach Abzug sämtlicher Kosten der A dagegen nur $50 erhalten. Beide Forderungen zusammen ($550) sind nicht erfüllbar (*claim point*). Setzt man voraus, daß der Nutzen von A und E proportional zu den Geldbeträgen wächst und außerdem eine gleichmäßige Kurve von möglichen optimalen Ergebnissen besteht (*optimal outcomes curve*), so läßt sich zeigen, daß bei *minimax relativer Konzession* A und E jeweils auf knapp 30% ihrer Maximalforderung verzichten müßten, um dann eine Gewinnteilung von $353 für A und $35 für E zu vereinbaren (*outcome of bargaining*; $353+$35=$388 liegt auf der *optimal outcomes curve*[315]). Jedes andere Ergebnis wäre nicht optimal oder würde entweder von A oder von E eine größere als die relative Konzession verlangen.

c) *Moralischer Gehalt der Theorie*

Die Theorie *Gauthiers* nimmt, ähnlich derjenigen *Nozicks*, ihre Entscheidungserwägungen auf der Grundlage vorausgesetzter Rechte vor (Lockesche Provisio). Das unterscheidet sie von 'reinen' Entscheidungstheorien wie der *Buchanans* und führt zu der Frage, ob sich *Gauthiers* Theorie trotz ihres moralischen Gehalts überhaupt noch als Entscheidungstheorie der Gerechtigkeit qualifizieren läßt.

Mit der Voraussetzung der Lockeschen Provisio, die zu einer vorpolitischen Ausstattung mit Rechten führt[316], gerät ein moralisches Element in die Theorie. Dieses müßte in einer reinen Theorie rationalen Entscheidens selbst wieder durch Erwägungen rationalen Entscheidens begründet werden. Zwar stellt *Gauthier* heraus, es handle sich um eine *notwendige Voraussetzung* für rationales Entscheiden – führt mithin ein transzendental-rationales Argument an[317]. Doch ist dies zunächst nur eine unbelegte Gegenthese zu der ebenso plausiblen Aussage *Buchanans*, daß erst in einem *rechtsfreien* hypothetischen Drohspiel ein *natürlicher Gleichgewichtszustand* gefunden werden könne, der als Ausgangspunkt für eine rationale Berechnung der jeweiligen Kooperationsvorteile erforderlich sei. Denn warum sollte nicht (mit *Bucha-*

---

314 Vgl. das entsprechende Beispiel bei *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 137 ff.

315 Durch eine Grafik näher erläutert bei *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 139.

316 Dazu oben S. 84 ff. (abschließendes Schema der Grundpositionen und die Frage nach einer 'lockeanischen Grundposition').

317 Vgl. unten S. 225 ff. (transzendentale Argumente).

nan) eine Gruppe von 'Starken' ein rationales Interesse daran haben können, eine Gruppe von 'Schwachen' als gänzlich rechtlos zu behandeln, indem sie sie als Sklaven ausbeutet? Letztlich kommt es innerhalb der Theorien rationalen Entscheidens zur Rechtfertigung allein darauf an, ob die Handlungsweise *für die Handelnden selbst vorteilhaft* ist.

Gauthier versucht eine solche Begründung der Rechte *allein aus ihrer Vorteilhaftigkeit heraus.* Seine Begründungskette enthält *erstens* das Argument, daß Kooperation genau dann rational begründet ist, wenn sie den zu erwartenden Nutzen jedes einzelnen Kooperationsteilnehmers maximiert[318]. Sie geht *zweitens* davon aus, daß die Anerkennung von Rechten (im Sinne gegenseitiger Ansprüche auf Rücksichtnahme; *constraints*) nicht erst aus gutem Willen oder Zuneigung, sondern bereits durch die tatsächliche oder potentielle Partnerschaft in einer Kooperation entsteht[319]. Darin liegt eine Argumentationskette: 'Wenn individuelle Nutzenmaximierung, dann Kooperation, dann Rechte' – insgesamt also eine moralfreie Begründung von Rechten.

Die Problematik dieser Begründung wird deutlich, wenn man sich den *begrenzten Geltungsanspruch* solcher 'Rechte' vor Augen führt. Es handelt sich um gegenseitige Rechte *innerhalb einer Kooperation,* nicht um Rechte kraft Personseins. Zwar mag es zutreffen, daß derjenige, der aus eigenem Vorteil eine Kooperation eingeht, dabei notwendig diejenigen 'Rechte' anerkennt, die für das Funktionieren partnerschaftlichen Zusammenwirkens vorausgesetzt werden müssen. Doch ist durch dieses Vorteilskalkül niemand gehindert, andere Menschen *außerhalb der Kooperation* zum bloßen Objekt seiner Handlungswillkür zu machen und sie dadurch rechtlos zu stellen. Eine solche Handlungsweise kann nicht innerhalb der Entscheidungstheorie selbst als 'falsch' widerlegt werden, es sei denn, man führt empirische Annahmen ein (z.B. Instabilität durch Revolutionsneigung), die an der Vorteilhaftigkeit rütteln. Die Begründung von Rechten *innerhalb einer Kooperation* kann deshalb das allgemeine Schädigungsverbot, das mit der Lockeschen Provisio postuliert wird, *nicht vollständig leisten.*

Für die Theorie *Gauthiers* bedeutet das: Aus sich selbst heraus kann sie einen *moralischen Ausgangspunkt* des Rationalitätskalküls nicht begründen[320]. Die Lockesche Provisio ist ein solcher moralischer Ausgangspunkt. Sie bleibt in *Gauthiers* Theorie ein Fremdkörper, denn *die Provisio ist nicht selbst entscheidungstheoretisch begründet. Gauthier* wendet sich zwar gegen die substantielle Begründung vorpositiver Rechte bei *Locke*[321], gegen substantielle Unparteilichkeitskritik im Marxismus[322] sowie gegen utilitaristische Begründungen der Provisio[323], bietet mit seiner Begründungskette

318 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 224: »[C]ooperation has, as its sole and sufficient rationale, the maximization of expected utility.«

319 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 222: »The moral claims ... that are expressed in our rights, depend ... on our actual or potential partnership in activities that bring mutual benefit.«

320 Dem entspricht das Ergebnis bei *H.-P. Weikard,* Contractarian Approaches to Intergenerational Justice (1998), S. 391 – Zirkularität der Begründung bei *Gauthier*.

321 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 222: »Locke, ... his moral theory, unlike Hobbes's, is overtly theistic.«

322 *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 110 ff.

323 Gegen die utilitaristische Begründung von Rechten *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 104 ff., 221. Auch von Vertragstheorien grenzt er sich insoweit ab: ebd., S. 222 f.

aber keinen Ausweg aus dem damit umrissenen entscheidungstheoretischen Dilemma.

Mit dem geschilderten Begründungsmangel erfüllt *Gauthiers* Theorie *nicht* die Voraussetzungen, die nach D_{4RC} Gerechtigkeitstheorien des rationalen Entscheidens kennzeichnen. Denn nach diesen ist eine Gerechtigkeitsnorm N *genau dann* (d.h. 'dann und nur dann') richtig, wenn sie das Ergebnis der Prozedur des rationalen Entscheidens sein kann. In *Gauthiers* Theorie ist aber eine Handlungsweise nicht schon dadurch rational, daß sie dem prozeduralen Kriterium der minimax relativen Konzession genügt, sondern sie muß außerdem die Lockesche Provisio und die mit ihr verbundenen vorpositiven Rechte einschließlich der 'vollständigen Kooperation' (Kosteninternalisierung) anderer achten. Anders als bei *Nozick* bleibt die Lockesche Provisio hier also nicht funktionslos. Geht es darum, ob jemand die Umwelt verschmutzen darf, so entwickeln die Rechte anderer – entweder als direkte Eigentumsrechte (Verschmutzung eines Grundstücks) oder über das Gebot vollständiger Kooperation (Verschmutzung eines öffentlichen Gewässers) – eine *Sperrwirkung* innerhalb des Rationalitätskalküls der minimax relativen Konzession[324]. Im Ergebnis fehlt der Theorie *Gauthiers* darum das Element der vollständig rationalen Begründung, das die Qualifikation als Entscheidungstheorie der Gerechtigkeit ausmacht[325]. Sie ist zwar eine Theorie rationalen Entscheidens, aber keine solche, die allein mit rationaler Entscheidung die Frage nach Gerechtigkeit beantwortet.

4. *Theorie des transzendentalen Tausches (O. Höffe)*

Die Gerechtigkeitstheorie *Höffes* folgt in ihrer Vernunftkonzeption dem Beispiel *Hobbes*, indem sie praktische Richtigkeit mit der Vorteilhaftigkeit für jeden einzelnen identifiziert. Sie geht dabei den neuen Weg, das Modell des Tausches als Darstellungsmittel zu nutzen.

a) *Natürliche Gerechtigkeit*

Im ersten Teil seiner Gerechtigkeitstheorie geht *Höffe* der Frage nach, was als *natürliche Gerechtigkeit* Bestand hat – als Gerechtigkeit, die vor jeder institutionalisierten Sozialordnung gedacht werden muß, also vorpositiv[326]. Dabei bezeichnet er als *primären Naturzustand* die latent kriegerische Herrschaft, die durch das Zusammenleben verschiedener Menschen in einer Welt zwangsläufig entstehen müßte, also einen hobbesianischen Naturzustand. Der Übergang zu einem für jeden einzelnen vorteilhaften *sekundären Naturzustand* stellt sich als *negativer Tausch* dar. Jeder verzichtet gegenüber allen anderen auf eine Gesamtheit von Tötungs- und Verletzungshandlungen. Resultat des Freiheitsverzichts ist der Vorteil einer Integrität von Leib, Leben, Eigentum, Ehre und Religion.

---

324 Vgl. zum Beispiel der Sperrwirkung bei Verschmutzung eines öffentlichen Gewässers *D. Gauthier,* Morals by Agreement (1986), S. 225: »The particular interaction [dumping wastes in the river] cannot be defended by relating it to a practice that satisfies minimax relative concession.«

325 Ähnlich die Kritik bei *R. Alexy,* Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft (1993), S. 13 f. mit Fn. 19.

326 Hierzu und zum folgenden *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 382 ff. Kritische Analysen zu *Höffes* Theorie vor allem in den Beiträgen von *M. Kettner, P. Koller* u.a. in W. Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997).

Anders als bei *Hobbes*, der nur Tötungsverzicht und Lebensrecht in den negativen Tausch einbezieht, ist nach *Höffe* unbedingt ein Paketgeschäft notwendig, in dem diejenigen Integritäts- und Freiheitsinteressen, die natürlicherweise allen Menschen gemeinsam sind, gebündelt werden[327]. Dafür sind nach *Höffe* zwei Gründe ausschlaggebend. *Erstens* gibt es Menschen, die bereit sind, für Ehre oder Religion zu sterben, denen also das Leben nicht über alles andere geht. Für solche Menschen wäre der Tausch 'Tötungsverzicht gegen Lebensrecht' für sich allein genommen unvorteilhaft; lieber würden sie unter Todesgefahr den Angreifer töten, als sich ihre Ehre oder Religion nehmen zu lassen. *Zweitens* ist die Bündelung des Tauschpakets auch deshalb nötig, weil sonst den Menschen, denen an einzelnen Rechten überhaupt nichts liegt, die Achtung dieses Rechts bei anderen nicht abgetauscht werden könnte (Asymmetrie von Opfer und Täter). Der Agnostiker kann auf seine Religionsfreiheit verzichten. Warum sollte er dann die Religionsfreiheit anderer achten? Ein Paketgeschäft wird er dagegen besonders bereitwillig eingehen, weil es ihn wegen seines Desinteresses an der Religion nicht viel kostet, die Religion anderer zu respektieren, während die übrigen Güter (Ehre, Eigentum, Leib und Leben) ihm gerade deshalb besonders wichtig sein müssen, weil sie nach seinen Wertvorstellungen das einzige sind, das zählt. *Höffe* bezeichnet diese zusätzliche individuelle Vorteilhaftigkeit, die durch Wertungsunterschiede entsteht, als *Ringtausch*[328].

Gegenüber Kindern und Alten, deren Handlung für andere keine Bedrohung darstellt und deren Gewaltverzicht im Tausch darum eigentlich wertlos ist, führt *Höffe* das Argument eines *asynchronen Tausches* ein[329]. Erwachsene verzichten auf Gewalt gegen Kinder, damit sie auch im Alter deren Respekt ihrer Integrität und Freiheit genießen.

Durch die Vorteilhaftigkeit für jeden einzelnen wird der Freiheitsverzicht zu einem *zwangsfreien Zwang;* er ist ein *Klugheitsgebot.* Dadurch, daß mit dem *Freiheitsverzicht* eine *Leistung* erbracht wird, erstarkt die bloße Vorteilhaftigkeit zu einem *Anspruch auf Gegenleistung.* Es gibt keine Handlungsalternativen mehr; der Freiheitsverzicht gilt als *absolutes Klugheitsgebot*. Der Anspruch, also die Befugnis, den Freiheits- und Integritätsbestand auch einzufordern, bedeutet, daß die natürliche Gerechtigkeit in der Form vorpositiver Menschenrechte auftritt. Mit dem Menschenrecht verbunden ist ein moralisches Selbstverteidigungsrecht, das jedem Menschen kraft seines Menschseins zukommt. Jeder darf sich gegen das Töten, Beleidigen oder Bestehlen anderer verteidigen (*Zwangsbefugnis*). Anders als die spontane Selbstregulierung des primären Naturzustandes bildet der so umrissene sekundäre Naturzustand eine vorpolitische und vorinstitutionelle *natürliche Rechtsgemeinschaft.*

---

[327] Vgl. die überraschende Abgrenzung des Interessenbündels bei *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 394: »These von natürlichen, allen Menschen gemeinsamen Interessen«. Hier liegt ein gewisser Widerspruch zu der Aussage auf S. 389, daß einige Menschen an Religion überhaupt kein Interesse haben.

[328] *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 382 ff.; zur Struktur des Ringtausches als *do ut des ut det* siehe *P.W. Heermann,* Ringtausch, Tauschringe und multilaterales Bartering (1999), S. 183 f.

[329] *O. Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 393 spricht von einem 'diachronen Freiheitstausch'. Die hier bevorzugte Entgegensetzung von synchron mit asynchron ist demgegenüber nicht richtiger, sondern üblicher.

b) *Institutionalisierte Gerechtigkeit*

Im zweiten Teil seiner Theorie verteidigt *Höffe* die Institutionalisierung in einer staatsförmigen Rechtsgemeinschaft gegen die These eines Restanarchismus[330]. Er führt drei Gründe an, aus denen sich die in der natürlichen Rechtsgemeinschaft begründeten Vorteile nicht in individueller Verantwortung realisieren lassen. *Erstens* entstehen *Interpretationskonflikte* bei der Konkretisierung der Freiheitsansprüche. Innerhalb dieser Konflikte ist jeder ein Betroffener und keiner ein schlechthin unparteiischer Dritter. *Zweitens* entsteht ein *Anerkennungsdilemma,* weil für Trittbrettfahrer der eigene Rechtsungehorsam vorteilhafter ist als der Gehorsam, solange eine genügende Zahl anderer sich an die Regeln halten[331]. *Drittens* gibt es ein *Gerechtigkeitsdilemma* zwischen Generationen; auch hier fährt am besten, wer sich dem asynchronen Generationentauschgeschäft entzieht. Die Interpretations- und Durchsetzungskonflikte können erst in einer Gemeinsamkeit überwunden werden, in der ein unparteiischer Dritter institutionalisiert wird. Dieser Dritte muß öffentliche Rechtsmacht im Sinne eines Gewaltmonopols etablieren, ein Zwangssystem, in dem die individuellen Zwangsbefugnisse weitestgehend aufgehen. Durch die Institutionalisierung wird die 'Genossenschaft' zu einem 'Verband' – es entsteht ein *Staat* im untechnischen Sinne[332]. So wandelt sich das Diktum *Kants* bei *Höffe:* »Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln – wenn sie nur Verstand haben, das heißt ihrem Vorteil folgen.«[333]

c) *Subsidiäre Legitimität des Staates*

Eine positive Rechts- und Staatsordnung ist nach der Theorie *Höffes* nur subsidiär legitim[334]. Sie ist notwendig, um Menschenrechte zu *gewährleisten,* aber sie kann diese nicht *gewähren,* sondern steht gänzlich im Dienste der bereits vorpositiv begründeten Rechte. Gleichzeitig birgt sie die Gefahr des Machtmißbrauchs, der mit *Strategien politischer Gerechtigkeit* begegnet werden muß, soll nicht das Leitziel des Menschenrechtsschutzes verfehlt werden. Die Demokratie als Staatsform garantiert allein noch keinen ausreichenden Schutz. *Positivierungsstrategien* müssen zur konkreten Anerkennung von Menschenrechten als Grundrechten führen und eine wirksam kontrollierte Gewaltenbindung konstituieren – etwa durch Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Positivierung der Gerechtigkeit vollendet sich dabei nicht schon im Minimalstaat, sondern erst in derjenigen Sozialstaatlichkeit, die Voraussetzung für die Wahrnehmung demokratischer Mitwirkungsrechte ist[335]. Der zu in-

---

330 Dazu und zum folgenden *O. Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 407 ff.

331 Vgl. unten S. 333 ff. (Trittbrettfahrerproblem).

332 Die Abgrenzung vom völker- und verfassungsrechtlichen Staatsbegriff ist wichtig. Vgl. dazu *O. Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 432: »Die institutionalisierte öffentliche Rechtsmacht, die für die Gerechtigkeit unentbehrlich ist, braucht nicht die Züge des modernen Staates anzunehmen: etwa die Territorialherrschaft und die Zentralisierung sowie Bürokratisierung der Staatsgewalten.«

333 *O. Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 433.

334 Dazu und zum folgenden *O. Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 433 ff.

335 Neben dieser demokratiefunktionale Legitimation spricht *Höffe* auch noch eine rechtsstaatsfunktionale und institutionstheoretische an; siehe dazu *O. Höffe*, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 471 f.

stitutionalisierende Verband muß deshalb ein demokratischer und sozialer Verfassungsstaat sein. Jenseits dieser Positivierung will *Höffe* als weitere notwendige Bedingungen gerechter Staatlichkeit *Beurteilungsstrategien* ansehen. Die Positivierung von Gerechtigkeit als unabgeschlossener Prozeß erfordert prozedurale Gerechtigkeitsprinzipien in Gerichtsverfahren, sittlich-politischen Diskursen und wissenschaftlicher Politikberatung.

d) *Menschenrecht aus Eigennutz*

Höffes Gerechtigkeitstheorie versucht eine *transzendentale*[336] Rechtfertigung kategorischer Rechtsprinzipien aus Interessen: Leben, Gesundheit, Eigentum, Ehre und Religion könnten ohne wechselseitige Anerkennung nicht als realisierbar gedacht werden; schon der bloße Fortbestand von Menschen setzt also notwendig einen negativen Tausch voraus. Bei den Grundfreiheiten »geht es definitionsgemäß um die Bedingungen der Möglichkeit jeder Handlungsfreiheit«[337]. Darin liegt eine erfahrungsfreie, nicht relativierbare und zeitenthobene Begründung der Menschenrechte, ihres »Anspruchs auf Weltgeltung«[338], und der darauf gestützten Legitimation des staatlich monopolisierten Rechtszwangs, in diesem Sinne eine Letztbegründung, die treffend als »Menschenrechtsfundamentalismus« bezeichnet worden ist[339].

Höffe will zeigen, daß vorpositive Menschenrechte sich durch die Brille des transzendentalen Tausches *allein als Gebote der Klugheit* darstellen lassen, ohne daß eine darüber hinausgehende Moralität vorausgesetzt werden müßte[340]. Die Zugehörigkeit zur hobbesianischen Tradition *individueller* Nutzenmaximierung zeigt sich vor allem im dezidiert nicht-utilitaristischen Programm: Nicht der 'kollektive' Vorteil zählt in der Nutzenkalkulation; nicht das größte Glück der größten Zahl ist Legitimationsgrund. Vielmehr geht es um den *'distributiven' Vorteil;* es soll *jeder einzelne* die Vorteilhaftigkeit sozialer Ordnung genießen können. *Höffes* Tauschgerechtigkeit orientiert sich damit am Kriterium der *Pareto*-Optimalität[341]. Das utilitaristische Kalkül, bei dem im Interesse eines größeren Gesamtnutzens der Einzelne Einbußen erleiden kann, akzeptiert *Höffe* schon im begrifflichen Ansatz nicht als legitim und gerecht. *Allein diejenige Sozialordnung gilt als gerecht, die sich für jedes ihrer Mitglieder als Ergebnis einer rationalen Entscheidung (transzendentaler Tausch) darstellen läßt.* Damit erfüllt *Höffes* Theorie die Voraussetzungen, die nach D_{4RC} Gerechtigkeitstheorien des rationalen Entscheidens kennzeichnen.

---

[336] Vgl. unten S. 225 ff. (transzendentale Argumente).

[337] *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 415.

[338] *M. Kettner,* Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte (1997), S. 248.

[339] *H. Brunkhorst,* Die Kontingenz des Staates (1997), S. 225 f.

[340] So ausdrücklich *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 402.

[341] *W. Kersting,* Herrschaftslegitimation (1997), S. 30, 38, 55. Dazu oben S. 167 ff. (Charakteristika der hobbesianischen Grundposition; *Pareto*-Optimalität) sowie unten S. 273 (zwei Bedingungen rationaler Verhandlung).

V. Ergebnisse

Mit Ausnahme der Theorien *Nozicks* und *Höffes,* die sich nur mit der sozialvertraglichen Konstruktion beschäftigen, enthalten alle dargestellen Theorien der hobbesianischen Grundposition ein Nutzenkalkül. Die Unterschiede zwischen den Theorien, die für die Kritik an der hobbesianischen Grundposition wichtig werden[342], können im Ergebnis durch ein Beispiel zur Verteilungsgerechtigkeit zusammengefaßt werden: Zwei Unternehmen A und B wollen Öl fördern, können dieses Ziel aber nur gemeinsam erreichen. Sie überlegen, welche Verteilung des Ertrags gerecht wäre, wenn beide gleich viel in die Kooperation investieren. A hat eine gesunde Bilanz und große Marktmacht, B dagegen ist in einer Finanzkrise und hat eine schwache Marktposition.

Nach *Nash* und *Harsanyi* kommt es darauf an, daß dem Unternehmen B durch seine Finanzkrise schon an einem kleinen Gewinn sehr viel gelegen ist; es könnte beispielsweise bei einem 25%-igen Förderanteil bereits einen überproportionalen Nutzenfaktor von 0,5 haben. Die bei diesem Anteil auf A entfallenden 75% des Ertrags entsprechen bei diesem Unternehmen einem proportional wachsenden Nutzenfaktor von 0,75. Angenommen, das Produkt der Nutzenfaktoren bildet ein Maximum genau bei dieser Gewinnteilung von 25% zu 75% zugunsten des A, so ist diese Ungleichverteilung gerecht, denn in ihr drückt sich die unterschiedliche Verhandlungsmacht der Parteien aus.

Nach *Braithwaite* und *Buchanan* ist zwar gleich zu verteilen, aber unter Berücksichtigung des gegenseitigen Drohpotentials. Das marktmächtige Unternehmen A könnte versuchen, B durch Drohung mit einem Preiskampf zur Kooperation zu zwingen. Es würde durch die Gegenwehr des schwachen Unternehmens B zwar selbst Schaden nehmen, aber sehr viel weniger als dieses. Angenommen, der potentielle Preiskampfschaden des Unternehmens B beträgt Nutzenwert[343] -3, der des Unternehmens A nur -1 und der positive Nutzenwert aus 100% der Gesamtförderung +4. Dann müßte A 75% bekommen, um relativ zur Drohposition den gleichen Vorteil aus der Kooperation zu erlangen wie B (A: -1 bis +3 = 4; B: -3 bis +1 = 4). Die Ungleichverteilung ist wiederum gerecht, allerdings diesmal wegen der Berücksichtigung unterschiedlicher Drohpotentiale.

Schließlich bleibt die Lösung von *Lucas* und *Gauthier.* Hier ist der Nichteinigungspunkt durch desinteressiertes eigennütziges Verhalten definiert. Weder Unternehmen A noch Unternehmen B könnte allein Öl fördern. Sie haben also beide den gleichen Nullnutzen im Falle schlichter Nichtkooperation. Entsprechend müssen sie den Ertrag zu je 50% teilen, um ein gerechtes Ergebnis zu erzielen. Diese Lösung schließt sowohl unterschiedliche Verhandlungsmacht als auch unterschiedliches Drohpotential als für eine rationale Begründung des Gerechtigkeitsurteils irrelevant aus.

---

342 Dazu unten S. 270 ff. (Kritik spieltheoretischer Grundlegung).

343 Die hier verwendeten Nutzen*einheiten* unterscheiden sich von Nutzen*faktoren* vor allem dadurch, daß sie nicht multipliziert werden müssen und folglich beliebige Werte auch außerhalb des präferierten Faktorbereichs 0 bis 1 annehmen können. Allein entscheidend ist das Verhältnis der Nutzeneinheiten zueinander.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Die Theorien der hobbesianischen Grundposition sind explizit – oder bei älteren Sozialvertragstheorien implizit – Theorien des rationalen Entscheidens (*rational choice theories, decision theories*). Als Entscheidungstheorien beurteilen sie die Richtigkeit einer Handlungsweise allein mit individueller Nutzenmaximierung. Trotz des gemeinsamen methodischen Ausgangspunktes begründen diese Theorien sehr unterschiedliche Ergebnisse als gerecht oder ungerecht, je nachdem, welches Nutzenkalkül bei der Entscheidung zugrundegelegt wird.

D. Theorien der kantischen Grundposition (Universalität)

I. Charakteristika (T_K D_{1K} D_{4K})

Den Theorien mit kantischer Grundposition ist eigentümlich, daß sie, gleich den Theorien der hobbesianischen Tradition, Handlungen ungeachtet der (axiologischen) Werthaftigkeit der sozialen Ordnung, die sich aus ihnen ergibt, für sich betrachtet als (deontologisch) richtig oder falsch beurteilen. Im Gegensatz zur hobbesianischen Begründung der Richtigkeit einer Handlungsweise ist aber nicht die *individuelle Nutzenmaximierung* das Richtigkeitskriterium. Der kantischen Grundposition ist vielmehr das Prinzip der Universalität eigentümlich, verstanden als Geltung *für alle*[344]. Die Idee der *Universalisierbarkeit* wird dabei sehr unterschiedlich gedeutet. Auf die wichtigsten Unterschiede zwischen Sozialvertrags-, Beobachter- und Diskurstheorien wird noch einzugehen sein. Für *Kant* selbst ist die enge Verbindung der Universalität mit dem Begriff der Autonomie kennzeichnend[345]. Die Autonomie ist dabei einerseits eine private, nach der jeder individuell eine Konzeption des Richtigen und Gerechten wählt und realisiert. Sie ist andererseits eine öffentliche, nach der jeder mit anderen eine politische Konzeption des Richtigen und Gerechten wählt und realisiert[346].

Im Gegensatz zum Eigennutz-Axiom der hobbesianischen Grundposition läßt sich das Universalitäts-Axiom der kantischen Grundposition in folgendem Theorem ausdrücken:

> T_K: Die Handlung X einer Person P ist genau dann richtig,
> wenn sie sich *für alle* als richtig erweist.

Der Richtigkeitsbegriff, der mit T_K beschrieben ist, knüpft an die Anerkennung durch alle an. Damit ist eine neue Grundkonstante angesprochen, die in allen Theorien der kantischen Grundposition auftritt: die der *Unparteilichkeit* (*impartiality*). Die Unparteilichkeit eines Ergebnisses verbürgt entweder der Konsens (Sozialvertrags-, Dis-

---

344 Vgl. den kategorischen Imperativ bei *I. Kant,* KpV (1788), A 54: »Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.«

345 Vgl. *I. Kant,* KpV (1788), A 58: »Die *Autonomie* des Willens ist das alleinige Prinzip aller moralischen Gesetze und der ihnen gemäßen Pflichten; alle *Heteronomie* der Willkür gründet dagegen nicht allein gar keine Verbindlichkeit, sondern ist vielmehr dem Prinzip derselben und der Sittlichkeit des Willens entgegen.«

346 Zur öffentlichen Autonomie siehe *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 127.

kurstheorien) oder der überindividuelle moralische Standpunkt (Beobachtertheorie). Mit der Gerechtigkeitsdefinition in D_1 läßt sich T_K zu folgendem Gerechtigkeitsbegriff der Theorien der kantischen Grundposition verbinden:

> D_{1K}: Gerechtigkeit im Sinne der Theorien mit kantischer Grundposition ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit desjenigen sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns, auf das sich alle in einer Situation der Freiheit und Gleichheit einigen (würden).

Der Gerechtigkeitsbegriff der kantischen Grundposition setzt also bereits Freiheit und Gleichheit voraus. Erst durch sie kann Unparteilichkeit erreicht werden. Gleichzeitig verkörpern Freiheit und Gleichheit den kantischen Autonomiebegriff. Denn nicht durch externe Zwänge (Neigungen, Interessen, Fremdbestimmung), sondern als Selbstgesetzgeber müssen die Menschen ihr Schicksal bestimmen, um autonom und damit moralisch richtig zu handeln. Dieser Zusammenhang läßt sich (verkürzt) in einen Begriff der Gerechtigkeitstheorie gießen, wie er der kantischen Grundposition eigen ist:

> D_{4K}: Gerechtigkeitstheorien der kantischen Grundposition sind solche, nach denen eine Gerechtigkeitsnorm N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer autonomiewahrenden Prozedur P sein kann.

II. Sozialvertragstheorien

Nach den Sozialvertragstheorien der kantischen Grundposition ist eine gesellschaftliche Verteilung von Gütern und Lasten genau dann gerecht, wenn sie Ausdruck einer Vereinbarung aller Betroffenen in einer gedachten Ausgangsposition der Freiheit und Gleichheit sein könnte (hypothetischer Sozialvertrag). Wie diese Ausgangsposition beschaffen ist und welche Überlegungen zum hypothetischen Abschluß des Sozialvertrags führen würden, ist im einzelnen umstritten.

1. Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß (J. Rawls 1971)

Unter den neueren Theorien ist vor allem diejenige von *Rawls* für die Renaissance der Gerechtigkeitsdiskussion paradigmatisch. Die 'Theorie der Gerechtigkeit' findet sich in der politischen Philosophie so häufig und ausführlich behandelt, daß die Darstellung hier auf Kerngehalte und einige Verweise beschränkt bleiben kann. Zu unterscheiden vom neueren Werk ist dabei die ältere Theorie, die *Rawls* seit 1958[347] vorangetrieben und im Jahre 1971 mit seinem Hauptwerk *'A Theory of Justice'* zu einem vorläufigen Referenzpunkt entwickelt hat[348]. Die Fortentwicklungen der Theorie

---

[347] *J. Rawls,* Justice as Fairness (1958), S. 653 ff.

[348] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971).

fanden ihre Konsolidierung 1993 in dem Werk *'Political Liberalism'*[349], das im wesentlichen eine Reihe von weiterführenden Aufsätzen zusammenstellt[350].

Sowohl die neue methodische Schwerpunktsetzung als auch die eher zögerliche Rezeption unterscheiden das neuere Werk deutlich von der ursprünglichen Theorie[351]. Die ältere Theorie von 1971 gilt in der politischen Philosophie nach wie vor als *die* Referenz. Man sollte sie von der neueren Theorie und ihrer Konsolidierung im Jahr 1993 getrennt beurteilen[352]. Unterschiedlich sind zunächst die Mittel, die zur Begründung herangezogen werden. In der älteren Theorie steht noch die Gestaltung einer fairen Ursprungssituation (*original position*) durch einen Schleier des Nichtwissens (*veil of ignorance*) im Vordergrund, während andere Elemente (*considered moral judgments, reflective equilibrium, overlapping consensus*) nur als zusätzliche Überlegungen erwähnt werden. Demgegenüber zeichnet sich die neue Theorie gerade dadurch aus, daß sie die realpolitische Überzeugungskraft von *Rawls* Konzeption der politischen Gerechtigkeit betont (*political conception, overlapping consensus, public reason, freestanding view*)[353]. Es ist deshalb sachgerecht, die einzelnen Begründungselemente jeweils demjenigen Teil des *Rawls*schen Werks zuzuordnen, dessen Intention sie am ehesten entsprechen.

a) *Der faire Urzustand (original position)*

In der älteren Theorie nennt *Rawls* 'Gerechtigkeit als Fairneß' (*justice as fairness*) diejenige politische Konzeption der Gerechtigkeit, die sich maßgeblich damit begründen läßt, daß Menschen ihr in einer ursprünglichen Situation der Fairneß zustimmen würden[354]. Er gestaltet die Gerechtigkeitstheorie als eine Übereinkunft über die *für alle* richtigen Gerechtigkeitsprinzipien, also als kantische Sozialvertragstheorie[355].

---

349 *J. Rawls,* Political Liberalism (1993); dort vor allem die konsolidierenden Ausführungen zu den älteren Publikationen auf S. xiii ff. und 3 ff.

350 Eine Sammlung mit nahezu demselben Inhalt wurde bereits ein Jahr zuvor in deutscher Übersetzung von *Hinsch* herausgegeben: *J. Rawls,* Die Idee des politischen Liberalismus (1992). Wegen der systematisch neuen Gliederung, der geringfügigen inhaltlichen Überarbeitung und der neu ergänzten Bestandteile bietet die englische Ausgabe indes den präziseren Überblick über die schrittweisen Veränderungen; vgl. die gleiche Einschätzung bei *P. Schnepel,* Liberalismus als Theorie der amerikanischen Gesellschaft (1995), S. 151.

351 Zum grundlegenden methodischen Richtungswechsel vgl. *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. xvii: »The ambiguity of *Theory* is now removed and justice as fairness is presented from the outset as a political conception of justice (I:2). Surprisingly, this change in turn forces many other changes and calls for a family of idas not needed before.« (Hervorhebung bei *Rawls*).

352 Für eine Unterscheidung von alter und neuer Theorie auch *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 7; *O. Höffe,* Ragione puubblica o ragione politica? A proposito di Rawls II (1995), S. 43 ff.: »Rawls I« und »Rawls II«; *P. Schnepel,* Liberalismus als Theorie der amerikanichen Gesellschaft (1995), S. 151 ff.; deutlich *C.F. Rosenkrantz,* Der neue Rawls (1996), S. 191: »radikale Abkehr ... und ... außerdem ein Fehler«.

353 Zum Richtungswechsel vor allem *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. xvii.

354 Vgl. *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 3, S. 12: »'justice as fairness' ... conveys the idea that the principles of justice are agreed to in an initial situation that is fair«.

355 *Rawls* selbst läßt diesen Begriff für seine Theorie allerdings neuerdings nicht mehr gelten; *J. Rawls,* Political Liberalism, S. 23: »Justice as fairness recasts the doctrine of the social contract«. Er grenzt sich damit von Sozialvertragstheorien in einem engeren, hobbesianischen Sinne ab,

Die Übereinkunft ist als ein mehrstufiger Einigungsprozeß konzipiert[356], auf dessen erster Stufe oberste Gerechtigkeitsgrundsätze gewählt werden[357]. Der wie bei allen Sozialvertragstheorien hypothetische und nicht-historische Ausgangszustand[358], der sonst üblicherweise 'Naturzustand' heißt, wird bei *Rawls* in deutlicher Abgrenzung zu historischen Vorbildern als 'Urzustand' benannt (*original position*)[359]. Bei diesem wird nicht nach der Natur des Menschen und der Welt geforscht, sondern der Urzustand soll so beschaffen sein, daß eine *faire* Vereinbarung daraus resultieren muß[360]. Ganz im Sinne der kantischen Grundposition soll dafür Unparteilichkeit erforderlich sein. Um die Unvoreingenommenheit der hypothetisch Beteiligten – der 'Parteien' (*parties*) – zu garantieren, nimmt *Rawls* ihnen durch einen 'Schleier des Nichtwissens' (*veil of ignorance*) die Kenntnis ihrer eigenen natürlichen Eigenschaften und Dispositionen sowie ihrer Stellung in der Gesellschaft[361].

Auf dieser Grundlage konkretisiert Rawls sein Modell einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie der kantischen Grundposition[362]. Die Gerechtigkeitsgrundsätze seiner Theorie sind genau deshalb richtig, weil sie das Ergebnis einer autonomiewahrenden Prozedur sind. Denn die Parteien des Urzustandes wählen die Gerechtigkeitsprinzipien in einer gedachten Situation, in der sie unparteiisch, frei und gleich sind. Zwar kennen sie die Bedeutung bestimmter gesellschaftlicher Grundgüter (*primary social goods:* politische Rechte und Freiheiten, Lebenschancen, Einkommen, Vermögen und Selbstachtung[363]), wissen um die Lebensbedingungen moderater

---

nämlich solchen, die Verhandlungsmacht, Drohung, Gewalt, Zwang, Täuschung oder Betrug im Rahmen der Ausgangspostition des Vertragsschlusses zulassen. Siehe im einzelnen ebd., S. 23. Vgl. im Gegensatz dazu die ursprüngliche Stellungnahme: *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), Preface, S. viii: »What I have attempted to do is to generalize and carry to a higher order of abstraction the traditional theory of the social contract as represented by Locke, Rousseau, and Kant.«

356 Zur '*four-stage sequence*' siehe *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 31, S. 195 ff.; nur die erste Stufe wird von *Rawls* ausführlich inhaltlich behandelt, die anderen finden sich nur angedeutet.

357 Zu den Gerechtigkeitsprinzipien *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), §§ 10 ff., S. 54 ff.

358 *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 24: »[I]t is clear that the original position is to be seen as a device of representation and hence any agreement reached by the parties must be regarded as both hypothetical and nonhistorical.«

359 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 4, S. 18; §§ 20 ff., S. 118 ff.; *ders.,* Political Liberlism (1993), S. 23: »Here we face a difficulty for any political conception of justice that uses the idea of contract, whether social or otherwise. The difficulty is this: we must find some point of view ... The original position ... is this point of view.« Außerdem: ebd., S. 26: »The original position serves as a mediating idea by which all our considered convictions, whatever their level of generality ... can be brought to bear on one another.«

360 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 3, S. 12; *ders.,* Political Liberalism (1993), S. 22 f.

361 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 24, S. 136 ff.; *ders.,* Political Liberalism (1993), S. 23: »[T]he veil of ignorance ... must eliminate the bargaining advantages that inevitably arise within the background institutions of any society from cumulative social, historical, and natural tendencies. These contingent advantages and accidental influences from the past should not affect an agreement on the principles that are to regulate the institutions of the basic structure itself from the present into the future.« Außerdem: ebd., S. 27: »We can, as it were, enter this position at any time simply by reasoning for principles of justice in accordance with the enumerated restrictions on information.«

362 Dazu oben S. 199 (D_{4K}).

363 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 15, S. 90 ff.

Knappheit (*circumstances of justice*[364]) und um menschliche wie gesellschaftliche Grunddaten (Psychologie, Politik, Ökonomie[365]), können Optimierungsstrategien zu ihrer Erlangung verfolgen[366] und verfügen über einen Gerechtigkeitssinn[367] sowie die Fähigkeit, eine individuelle Konzeption des guten Lebens zu entwerfen (*conception of the good*[368]). Personen im Urzustand sind aber deshalb unparteiisch, frei und gleich, weil ihnen durch den Schleier des Nichtwissens ihre *eigenen* Fähigkeiten und Neigungen verborgen bleiben. Sie kennen weder ihren Platz in der Gesellschaft, ihre Klasse oder ihren sozialen Status, noch ihre persönlichen Fähigkeiten (Talente, Intelligenz), Lebensziele oder Charaktereigenschaften, ja nicht einmal die Generation, in die sie hineingeboren werden[369]. Die menschlichen Eigenschaften, von denen sie Kenntnis haben, also der Gerechtigkeitssinn, die Vernunftbegabung und die Fähigkeit, eine Konzeption des Guten zu entwerfen, sind allesamt solche, die bei den Parteien im nötigen Umfang gleichermaßen vorhanden sind[370]. Sie können also nur eine Entscheidung treffen, die frei von persönlichen Neigungen und in diesem Sinne 'autonom' ist. Autonom im Sinne des freien Willens bei *Kant* sind die Parteien im Urzustand auch deshalb, weil *Rawls* sie als gegenseitig desinteressiert konzipiert, so daß niemand aus bloßem Neid oder bloßer Mißgunst eine Regelung ablehnt die Ungleichheiten ermöglicht und damit unter Umständen eine Besserstellung der anderen[371]. So bleibt den Parteien nichts anderes übrig, als die möglichen Gerechtigkeitsprinzipien ausschließlich auf der Grundlage allgemeiner Überlegungen (*general considerations*) zu würdigen[372]. Die gedachten Parteien im Urzustand sind durch den Schleier des Nichtwissens alle derart gleich definiert, daß ein interesseorientiertes 'Verhandeln' (*bargaining*) wie bei einem realen Vertragsschluß oder bei hobbesianischen Sozialvertragstheorien überhaupt nicht mehr möglich ist[373].

---

[364] Insoweit stützt sich *Rawls* vollständig auf *Hume*; siehe *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 22, S. 126 ff. Dazu oben S. 79 (Umstände der Gerechtigkeit).

[365] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 24, S. 137.

[366] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 25, S. 142 ff.

[367] *J. Ralws,* Political Liberalism (1993), S. 19: »A sense of justice is the capacity to understand, to apply, and to act from the public conception of justice which characterizes the fair terms of social cooperation.«

[368] *J. Ralws,* Political Liberalism (1993), S. 19 f.: »[P]ersons also have at any given time a determinate conception of the good that they try to achieve. Such a conception must not be understood narrowly but rather as including a conception of what is valuable in human life [... including] a view of our relation to the world – religious, philosophical, and moral – by reference to which the value and significance of our ends and attachments are understood.«

[369] Mit dieser Aufzählung *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 24, S. 137.

[370] Vgl. *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 19: »The basic idea is that in virtue of their two moral powers (a capacity for a sense of justice and for a conception of the good) and the powers of reason (of judgment, thought, and inference connected with these powers), persons are free. Their having these powers to the requisite minimum degree to be fully cooperating members of society makes persons equal.«

[371] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 24, S. 143 f.

[372] So ausdrücklich *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 24, S. 136 f.

[373] Vgl. *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 24, S. 139: »[S]ince the differences among the parties are unknown to them, and everyone is equally rational and similarly situated, each is convinced by the same arguments. ... Thus there follows the very important consequence that the parties have no basis for bargaining in the usual sense.«

b) *Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit (N_1 N_2)*

Auf der Basis des so definierten Urzustandes nimmt *Rawls* die Wahl zweier Grundsätze der Gerechtigkeit an, die er zunächst in einer vorläufigen und dann in der folgenden endgültigen Fassung formuliert[374]:

> N_1: Jede Person hat das gleiche Recht auf das umfangreichste Gesamtsystem gleicher Grundfreiheiten, das mit einem entsprechenden Freiheitssystem für alle vereinbar ist.
>
> N_2: Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten müssen so beschaffen sein, daß sie sowohl
> (a) den am wenigsten Begünstigten zum größten Vorteil gereichen, vereinbar mit dem gerechten Spargrundsatz, als auch
> (b) mit Ämtern und Positionen verbunden sind, die allen unter den Bedingungen fairer Chancengleichheit offenstehen.

Zwischen den Grundsätzen besteht eine Vorrangregel (*lexical order*), die eine Ungleichheit im Sinne des zweiten Grundsatzes erst zuläßt, wenn Gleichheit im Sinne des ersten Grundsatzes hergestellt ist[375]. Die Überlegungen, die nach *Rawls* notwendig zur Wahl *dieser* Prinzipien führen, orientieren sich an der bereits erwähnten Maximin-Regel[376]. Der Urzustand ist absichtsvoll so gestaltet, daß den Parteien durch den Schleier des Nichtwissens alle wichtigen Informationen über ihre Eigenschaften, Fähigkeiten und Güter in der realen Welt entzogen sind. Sie befinden sich dadurch in einer Situation weitgehender Unsicherheit, in der sie mit einer existentiell wichtigen Entscheidung über die Rahmenbedingungen ihres Lebens konfrontiert werden. Das sind die Bedingungen, unter denen nach *Rawls* eine risikoscheue Wahl nach der Maximin-Regel als richtige Entscheidungsstrategie erscheinen soll. Bestimmte Grundfreiheiten (N_1) sollen den Parteien dabei so wichtig sein, daß sie sie auch nicht für einen größeren Güterbestand opfern würden[377]. Im übrigen wären die Parteien – laut *Rawls* – nur dann bereit, Ungleichheiten in Kauf zu nehmen, wenn sie selbst im ungünstigsten Fall davon profitieren. Dies drückt das sogenannte Differenzprinzip

---

[374] Zur vorläufigen Fassung *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 11, S. 60; endgültige Fassung ebd., § 46, S. 302. Die hier vorgenommene Übersetzung ist strikt am Wortlaut des englischen Originals orientiert und deshalb nicht identisch mit der – zwar von *Rawls* autorisierten aber teilweise leicht vom Original abweichenden – deutschen Ausgabe: *J. Rawls,* Theorie der Gerechtigkeit (1979), § 46, S. 336.

[375] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 8, S. 42 ff.; § 47, S. 302 f.; *ders.,* Political Liberalism (1993), S. 6: »The two principles together, with the first given priority over the second, regulate the basic institutions«.

[376] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 26, S. 150 ff. Dazu oben S. 180 ff. (Theorie der Maximin-Wahl).

[377] *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 26, S. 156.

(N_{2a}) aus[378], das dadurch zum umstrittensten Element der Theorie wurde.

c) *Das Vierstufenmodell*

Aus der Sicht der politischen Philosophie ist es von besonderem Interesse, daß *Rawls* in der Wahl der Gerechtigkeitsgrundsätze nur eine von mehreren Stufen der Konkretisierung von Gerechtigkeit in der sozialen Ordnung sieht[379]. *Rawls* arbeitet mit einem vierstufigen Modell. Auf der *ersten* Stufe stecken die Gerechtigkeitsgrundsätze den Rahmen für alle nachfolgenden Stufen ab. Auf der *zweiten* Stufe wählen die Parteien eine gerechte Verfassung. Dazu wird der Schleier des Nichtwissens teilweise gelüftet, so daß ihnen zusätzliche Kenntnisse über allgemeine Eigenschaften der Gesellschaft und ihrer Ressourcen eröffnet sind. Auf der *dritten* Stufe erarbeiten die Beteiligten im Rahmen der Verfassungsvorgaben und bei weiterer Enthüllung ihres zunächst verschleierten Wissens die Gesetze, die für sie gerecht sind. Die *vierte* Stufe schließlich betrifft die Rechtsanwendung im Einzelfall, also die gerechte staatliche Administration und Adjudikation. Zwischen den Einzelstufen besteht nach *Rawls* eine Wechselwirkung, die es etwa erlaubt, bereits bei der Verfassunggebung auf gesetzgeberische Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen.

d) *Die Funktion prozeduraler Gerechtigkeit*

Rawls nutzt *reine prozedurale Gerechtigkeit* als Grundlage seiner Theorie[380]. Die 'faire Prozedur', die hier zur Anwendung kommt, ist die sozialvertragliche Überlegung hinter dem Schleier des Nichtwissens: Was immer die Parteien wählen ist *qua definitionem* gerecht. *Rawls* bezeichnet die reine prozedurale Gerechtigkeit auch als das Konzept, das der Güterverteilung im zweiten Gerechtigkeitsprinzip zugrunde liegt[381]. Statt auf relative Positionen von Individuen und ihre Beteiligung bei der Güterverteilung einzugehen, nimmt das zweite Gerechtigkeitsprinzip einen prozeduralen Standpunkt ein. Der Status eines Individuums muß nicht für sich betrachtet (substantiell) als gerecht begründet werden[382]. Solange die Gerechtigkeitsgrundsätze beachtet werden, ist jedes dadurch bewirkte Ergebnis (prozedural) gerecht.

Neben reiner Verfahrensgerechtigkeit nutzt *Rawls* auch *quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit* in seinem Vierstufenmodell[383]. Die aufeinanderfolgenden Stufen der Ver-

---

378 In der Neuformulierung der Theorie hat *Rawls* unter anderem auch die Rangfolge der Prinzipien geändert, so daß das Differenzprinzip zu N_{2b}' wird; siehe S. 209 (neue Gerechtigkeitsprinzipien).

379 Zur '*four-stage sequence*' siehe J. *Rawls,* Theory of Justice (1971), § 31, S. 195 ff.; zustimmend *P. Koller,* Moderne Vertragstheorie und Grundgesetz (1996), S. 380 ff. (382).

380 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 24, S. 136: »The idea of the original position is to set up a fair procedure so that any principles agreed to will be just. The aim is to use the notion of pure procedural justice as a basis of theory.«

381 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 14, S. 84 f.

382 Die Formulierung bei *Rawls* ('in itself just') macht den Unterschied zwischen prozedural definierter Gerechtigkeit und material determinierter Ergebnisgerechtigkeit deutlich. Siehe *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 14, S. 87 f.

383 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 31, S. 195 ff. (201).

fassunggebung, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung sind – anders als die erste Stufe – inhaltlich ausfüllungsbedürftig; nur die obersten Gerechtigkeitsprinzipien werden in *Rawls* Theorie mit Bestimmtheit gewählt, im übrigen ist die Auswahl einer Verfassung, die Verabschiedung von Gesetzen und ihre Anwendung ungewiß. Mit dieser Indeterminanz der Stufen geht eine Indeterminanz der Gerechtigkeit einher[384]. Der Bereich der Indeterminanz bietet Raum für quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit: Verfassung, Gesetze und Gesetzesanwendung sind gerecht, solange sie den durch die vorausliegende Stufe abgesteckten Gerechtigkeitsrahmen einhalten[385].

e) Ergebnisse

Zusammenfassend kann *Rawls* 'Theorie der Gerechtigkeit' als eine Sozialvertragstheorie gekennzeichnet werden, die bei sehr genauer Beschreibung der Grundposition unter Anwendung entscheidungstheoretischer und intuitiver Überlegungen zu abstrakten Gerechtigkeitsgrundsätzen führt, die anschließend in einem weiterhin am Sozialvertrag orientierten Konkretisierungsverfahren zu einer gerechten Sozialordnung ausgebaut werden. Im Spektrum der Sozialvertragstheorien ist dieser Ansatz wegen des Differenzprinzips als wohlfahrtsstaatlich oder sozialliberal zu kennzeichnen.

2. Theorie des politischen Liberalismus (J. Rawls 1993)

Mit der neueren Gerechtigkeitstheorie knüpft *Rawls* an die Ergebnisse seiner älteren Theorie an, die ihn im Spektrum der politischen Philosophien zu einer *egalitären* Variante des Liberalismus geführt hatten[386]. Er widmet sich aber nicht mehr den Feinheiten der Wahl von Gerechtigkeitsprinzipien im Urzustand, sondern greift das Element des übergreifenden Konsenses (*overlapping consensus*) auf, das in der älteren Theorie ein Schattendasein geführt hatte, um es nun zu einem Schlüsselelement der Gerechtigkeitsbegründung auszubauen. Letztlich geht es ihm darum, die politische Möglichkeit und die Sinnhaftigkeit des egalitären Liberalismus zu zeigen, wie er ihn mit 'Gerechtigkeit als Fairneß' skizziert hatte[387]. An die Stelle des primär normativen Anspruchs, gestützt durch das Gedankenexperiment des Urzustands (*original position*) und der Wissensverschleierung (*veil of ignorance*), tritt die rechtfertigende Beschreibung dessen, was in einer pluralistischen Gesellschaft stabilitätsbildend sein kann[388].

---

384 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 31, S. 201: »[I]t is not always clear which of several constitutions, or economic and social arrangements, would be chosen. But when this is so, justice is to that extent likewise indeterminate.«

385 Dazu oben S. 128 ff. (quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit).

386 *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 6 f.: »[T]here are many variant liberalisms ... the two principles express an egalitarian form of liberalism ... I presuppose throughout these lectures the same egalitarian conception of justice as before«.

387 Dazu das Kapitel '*How is Political Liberalism Possible?*' in *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 134 ff.

388 So auch *P. Schnepel,* Liberalismus als Theorie der amerikanischen Gesellschaft (1992), S. 151.

a) *Die Bausteine der Theorie*

Der *Politische Liberalismus* ist nach *Rawls* ein Modell dafür, wie eine Gesellschaft ein faires und stabiles System der Kooperation zwischen freien und gleichen Bürgern sein kann, obwohl diese Bürger über die sinnvollen, umfassenden Doktrinen (*reasonable comprehensive doctrines*), die sie jeweils unterstützen, zutiefst uneinig sind[389] und immer sein werden[390]. Drei Bedingungen sollen dafür genügen. *Erstens* muß eine politische Konzeption der Gerechtigkeit die Grundstruktur (*basic structure*) der Gesellschaft regeln[391] – d.h. deren wichtigsten politischen, sozialen und ökonomischen Institutionen sowie das Zusammenspiel dieser Institutionen in einem einheitlichen System sozialer Kooperation von einer Generation zur nächsten[392]. *Zweitens* muß diese politische Konzeption der Gerechtigkeit dem übergreifenden Konsens (*overlapping consensus*) entsprechen[393], der als Schnittmenge aus allen sinnvollen, umfassenden Doktrinen gebildet wird[394]. *Drittens* schließlich muß die öffentliche Diskussion (*public discussion*) nach den Regeln einer politischen Konzeption der Gerechtig-

---

389 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 43 f.: »I recall the combined question that political liberalism addrsses and say: three conditions seem to be sufficient for society to be a fair and stable system of cooperation between free and equal citizens who are deeply divided by the reasonable comprehensive doctrines they affirm.« Zu den 'combined questions' siehe S. 3 f.: »what is the most appropriate conception of justice for specifying the fair terms of social cooperation between citizens regarded as free and equal, and as fully cooperating members of society over a complete life, from one generation to the next? ... what are the grounds of toleration so understood and given the fact of reasonable pluralism as the inevitable outcome of free institutions?«

390 *J. Rawls*, Overlapping Consensus, S. 136: »[W]e also view the diversity of reasonable religious, philosophical, and moral doctrines found in democratic societies as a permanent feature of their public culture.«; *ders.*, Political Liberalism (1993), S. 3: »[T]he fact of reasonable pluralism as the inevitable outcome of free institutions«.

391 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 44: »First, the basic structure of society is regulated by a political conception of justice«.

392 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 11 f.: »By basic structure I mean a society's main political, social, and economic institutions, and how they fit together into one unified system of social cooperation from one generation to the next. ... I assume that the basic structure is that of a closed society: that is, we are to regard it as self-contained and as having no relations with other societies.« Dieses Element der *basic structure* ist nicht neu; vgl. *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 1, S. 4 f. (*well-ordered society*); § 2, S. 7: »For us the primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation.«

393 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 44: »[S]econd, this political conception is the focus of an overlapping consensus of reasonable comprehensive doctrines«. – *Rawls* frühere Grundidee einer wohlgeordneten Gesellschaft geht in der Idee des übergreifenden Konsenses auf: vgl. *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 35-40.

394 Eine umfassende Doktrin kann religiös, philosophisch oder moralisch sein. Vgl. *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 14, 136. Auch dieses Element des *overlapping consensus* ist nicht neu; vgl. *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 59, S. 387 f.: »There can, in fact, be considerable differences in citizens' conceptions of justice provided that these conceptions lead to similar political judgments. And this is possible, since different premises can yield the same conclusion. In this case there exists what we may refer to as overlapping rather than strict consensus.« Es gewinnt aber jetzt eine inhaltlich andere und methodisch zentrale Bedeutung; *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. xvii mit Fn. 5.

keit geführt werden, soweit die Diskussion konstitutionelle Kernpunkte und Fragen grundlegender Gerechtigkeit betrifft[395].

Jede politische Konzeption der Gerechtigkeit, die geeignet sein soll, alle drei Bedingungen des politischen Liberalismus zu erfüllen, muß nach *Rawls* drei charakteristische Eigenschaften aufweisen[396]. *Erstens* ist sie eine moralische Konzeption (*moral conception*) für die Grundstruktur einer Gesellschaft, d.h. eine solche, die die Gerechtigkeit von politischen, sozialen und ökonomischen Institutionen zum Gegenstand hat[397]. *Zweitens* ist sie eine freistehende Konzeption (*freestanding view*), d.h. sie ist unabhängig von umfassenden Doktrinen (z.B. Religionen, Weltanschauungen, Lebenspläne)[398] und in ihrem Anwendungsbereich auf die Grundstruktur (*basic structure*) beschränkt[399]. *Drittens* schliesslich werden ihre Inhalte in den Ausdrucksformen der Hintergrundkultur (*public political culture*) einer demokratischen Gesellschaft beschrieben[400].

b) Die Schlüsselstellung des übergreifenden Konsenses

In der Vielzahl neuer und alter Theoriebausteine nimmt der übergreifende Konsens (*overlapping consensus*), verbunden mit der Idee der freistehenden Konzeption (*freestanding view*), eine methodische Schlüsselstellung ein, die sich wie eine kopernikani-

---

395 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 44: »[T]hird, public discussion, when constitutional essentials and questions of basic justice are at stake, is conducted in terms of the political conception of justice.«

396 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 11: »[A] political conception of justice has three characteristic features, each of which is exemplified by justice as fairness«.

397 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 11: »The first concerns the subject of a political conception. While such a conception is, of course, a moral conception, it is a moral conception worked out for a specific kind of subject, namely, for political, social, and economic institutions.«

398 Vgl. die Definition der umfassenden Doktrin bei *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 13: »A moral conception ... is comprehensive when it includes conceptions of what is of value in human life, and ideals of personal character, as well as ideals of friendship and of familial and associational relationships, and much else that is to inform our conduct, and in the limit to our life as a whole. ... a conception is partly comprehensive when it comprises a number of, but by no means all, nonpolitical values and virtues«.

399 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 10: »Political liberalism, then, aims for a political conception of justice as a freestanding view. It offers no specific metaphysical or epistemological doctrine beyond what is implied by the political conception itself. As an account of political values, a freestanding political conception does not deny there being other values that apply, say, to the personal, the familial, and the associational; nor does it say that political values are separate from, or discontinuous with, other values.«; S. 13: »the distinction between a political conception of justice and other moral conceptions is a matter of scope: that is, the range of subjects to which a conception applies ... [it] is general if it applies to a wide range of subjects ... It is comprehensive when it includes conceptions of what is of value in human life ... [it] is fully comprehensive if it covers all recognized values and virtues within one rather precisely articulated system«. Vgl. auch S. 30: »Citizens usually have both political and nonpolitical aims and commitments.« Zum Metaphysikbegriff siehe oben S. 42, Fn. 84.

400 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 13 f.: »The third feature of a political conception of justice is that its content is expressed in terms of certain fundamental ideas seen as implicit in the public political culture of a democratic society. ... what we may call the 'background culture' of civil society.«

sche Wende in *Rawls* Gerechtigkeitstheorie auswirkt und dadurch zum eigentlichen Charakteristikum der neueren Theorie wird. Um das zu zeigen, sei zunächst hervorgehoben, inwiefern die Gerechtigkeitsbegründung in der ursprünglichen Theorie unbefriedigend war, um dann darzustellen, welche Antwort der übergreifende Konsens in der neuen Theorie auf dieses Begründungsdefizit gibt.

Inwieweit war die Gerechtigkeitsbegründung in der ursprünglichen Theorie unbefriedigend? Die Begründung stützte sich im Kern auf die oben geschilderte Herleitung von Gerechtigkeitsgrundsätzen aus einem als 'fair' konzipierten Urzustand. Die Wahl der Grundsätze beruhte dabei nur formal auf entscheidungstheoretischen Überlegungen in Anwendung der Maximin-Regel; inhaltlich hing alles davon ab, wie der Urzustand definiert wurde[401]. Methodisch ist daran unbefriedigend, daß letztlich genau das als Ergebnis herauskommt, was durch die Konstruktion eines Schleiers des Nichtwissens zuvor angelegt wurde. Deshalb hat *Rawls* schon in der ursprünglichen Theorie zusätzlich eine intuitive Plausibilisierung der Bedingungen des Urzustandes im Rahmes des Überlegungsgleichgewichts (*reflective equilibrium*) eingeführt, die das theoretische Ergebnis absichern sollte[402]. Danach sind die Bedingungen zu modifizieren, falls sie zu Ergebnissen führen würden, die mit den aus menschlichem Gerechtigkeitssinn entspringenden wohlüberlegten Gerechtigkeitsurteilen (*considered moral judgments*) nicht mehr im Einklang stehen. Die Gerechtigkeitsprinzipien sind danach nicht mehr nur deshalb richtig, weil sie in einem fairen Urzustand gewählt würden, sondern sie sind auch deshalb richtig, weil sie mit den reflektierten Gerechtigkeitsvorstellungen übereinstimmen. *Methodisch* unbefriedigend ist dabei, daß für die eigentliche Begründungleistung auf Überzeugungen verwiesen wird, die außerhalb der Theorie liegen. *Inhaltlich* unbefriedigend ist, daß die Gerechtigkeitsvorstellungen je nach sozialer Gruppe so fundamental unterschiedlich ausfallen können, daß ein für alle begründbares Überlegungsgleichgewicht unerreichbar erscheint. Auch mit den Ausführungen zur politischen Stabilität seiner Gerechtigkeitskonzeption konnte *Rawls* diese Argumentationslücke nicht ausfüllen, weil Stabilitätsgesichtspunkte allein nach seiner eigenen Auffassung nichts zur Begründung beitragen[403].

Welche Antwort gibt nun der übergreifende Konsens auf dieses Begründungsdefizit? Zunächst wird von *Rawls* zugestanden, daß die konfligierenden umfassenden Gerechtigkeitsvorstellungen (*comprehensive doctrines*) auch in Zukunft immer unterschiedlich bleiben werden. Als Konsequenz bescheidet sich die neue Theorie mit einer Rolle als freistehende Konzeption der politischen Gerechtigkeit (*freestanding

---

401 Dazu oben S. 180 ff. (Theorie der Maximin-Wahl).

402 *J. Rawls*, Theory of Justice (1971), § 9, S. 48 ff. (49 f.): »[J]ustice as fairness can be understood as saying that the two principles ... give a better match with our considered judgments on reflection than these recognized alternatives [of utility and perfection]«; *ders.*, Political Liberalism (1993), S. 8: »We collect such settled convictions as the belief in religious toleration and the rejection of slavery ... These convictions are provisional fixed points that it seems any reasonable conception must account for. ... We express this by saying that a political conception of justice, to be acceptable, must accord with our considered convictions, at all levels of generality, on due reflection, or in what I have called elsewhere 'reflective equilibrium'.«

403 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 69, S. 455: »To be sure, the criterion of stability is not decisive.«

view), die für unterschiedliche umfassende Wertvorstellungen offen sein soll[404]. Diese Aufgabe einer Selbstbescheidung sei dann erfüllt, wenn die freistehende Konzeption zum Gegenstand eines übergreifenden Konsenses (*overlapping consensus*) wird[405]. Dadurch also, daß die Ergebnisse der Theorie nur noch einen kleinsten gemeinsamen Nenner enthalten, der aus der Sicht unterschiedlichster religiöser, philosophischer und moralischer Anschauungen unterstützt werden kann, sollen die Mängel der älteren Theorie überwunden werden. Während früher der Einwand berechtigt war, daß nur diejenigen, die ohnehin egalitär-liberalen Moralvorstellungen anhingen, auch eine Bestätigung in den Gerechtigkeitsprinzipien finden konnten (*reflective equilibrium*), gilt nach der neuen Theorie, daß sehr unterschiedliche Moraltraditionen jeweils aus ihrer Perspektive den politischen Minimalkonsens der *Rawls*schen Theorie mitzutragen vermögen. Die ursprünglich nordamerikanisch geprägte Theorie gibt sich multikulturell.

c) *Die neuen Gerechtigkeitsprinzipien (N_1' N_2')*

Seit der Publikation der ursprünglichen Theorie im Jahr 1971 hat *Rawls* nicht nur den Schwerpunkt der Begründung nachhaltig verschoben, sondern auch das greifbare Ergebnis seiner Theorie, die Gerechtigkeitsgrundsätze, mehrfach verändert. Beginnend mit den Tanner-Lectures im Jahre 1981 wurden die Teilgrundsätze des zweiten Gerechtigkeitsprinzips in ihrer Reihenfolge vertauscht, so daß das umstrittene Differenzprinzip ganz an den Schluß rückt, was vor allem unter dem Gesichtspunkt des 'Vorrangs der Grundfreiheiten' bedeutsam ist[406]. In der konsolidierten Fassung betont *Rawls* seit 1993, daß es auch bei den Grundfreiheiten des ersten Gerechtigkeitsgrundsatzes nicht nur auf die formale Gleichheit, sondern auf einen 'fairen Wert' im Sinne eines substantiellen Mindestgehalts ankommt[407]. Auffällig ist schließlich, daß im ersten Gerechtigkeitsgrundsatz nicht länger von dem 'umfangreichsten', sondern nunmehr von einem 'vollständig angemessenen' System von Freiheiten die Rede ist[408]. Die vollständige Neuformulierung lautet in wörtlicher Übersetzung[409]:

---

404 *J. Rawls,* Political Liberalism (1993), S. 10 f.: »Political liberalism, then, aims for a political conception of justice as a freestanding view. It offers no specific metaphysical or epistemological doctrine beyond what is implied by the political conception itself.«

405 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 133-172, 10: »Thus, political liberalism looks for a political conception of justice that we hope can gain the support of an overlapping consensus of reasonable religious, philosophical, and moral doctrines in a society regulated by it.« Zustimmend *N. Jansen,* Validity of Public Morality (1998), S. 5 ff.; *ders.,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 33 f., 267 ff.

406 *J. Rawls*, Vorrang der Grundfreiheiten (1982), S. 160; dazu ausführlich *R. Alexy,* John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten (1997), S. 272 ff.

407 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 6; ausführlicher *ders.,* Vorrang der Grundfreiheiten (1982), S. 161 ff., 207 ff.

408 Zu der mit dieser Umstellung und ihrer Illustration verbundenen Zuwendung zu einem spezifisch amerikanischen Verständnis von Freiheitsrechten siehe *P. Schnepel,* Liberalismus als Theorie der amerikanischen Gesellschaft (1995), S. 155.

409 Vgl. das Original bei *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 5 f.: »a. Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value. | b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions:

N_1':	Jede Person hat einen gleichen Anspruch auf ein vollständig angemessenes System gleicher Grundrechte und Freiheiten, das mit dem gleichen System für alle verträglich ist; und in diesem System muß den gleichen politischen Freiheiten, und nur diesen Freiheiten, ihr fairer Wert garantiert werden.
N_2':	Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten müssen zwei Bedingungen erfüllen: (a) erstens müssen sie mit Positionen und Ämtern verbunden sein, die unter den Bedingungen fairer Chancengleichheit allen offen stehen; (b) und zweitens müssen sie den am wenigsten begünstigten Mitgliedern der Gesellschaft zum größten Vorteil gereichen.

Zwischen den Grundsätzen besteht nach wie vor eine Vorrangregel (*lexical order*), die eine 'soziale und wirtschaftliche Ungleichheit' im Sinne von N_2' erst zuläßt, wenn Grundfreiheiten im Sinne von N_1' allen garantiert sind[410]. Als weitere materielle Ergänzung ist das erste Gerechtigkeitsprinzip nunmehr so zu verstehen, als ginge ihm ein übergeordnetes Prinzip sozialer Mindeststandards voraus. Nach diesem Kriterium des Existenzminimums müssen die Grundbedürfnisse der Bürger jedenfalls insoweit befriedigt sein, als dies notwendige Voraussetzung dafür ist, daß sie ihre Rechte und Freiheiten verstehen und fruchtbar ausüben können[411].

d) Ergebnisse

Im 'politischen Liberalismus' hat *Rawls* einen methodischen Richtungswechsel bei der Begründung seines nach wie vor egalitären Liberalismus vorgenommen. An die Stelle des deduktiven kantischen Vertragsmodells tritt die Überzeugungskraft einer auf universellen Konsens gebauten Gerechtigkeitskonzeption. Die zunehmende Differenzierung der Gerechtigkeitsprinzipien erschwert dabei die Überprüfung ihrer Begründung.

---

first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.«

410 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 6.

411 *J. Rawls*, Political Liberalism (1993), S. 7: »[I]mportant aspects of the principles are left out in the brief statement as given. In particular, the first principle covering the equal basic rights and liberties may easily be preceded by a lexically prior principle requiring that citizens' basic needs be met, at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fuitfully to exercise those rights and liberties.«

3. *Theorie der Gerechtigkeit als Unabweisbarkeit (T.M. Scanlon)*

a) *Das* Scanlon-*Kriterium* (T_S)

Einen anderen Ansatz des kantischen Kontraktualismus vertritt *Scanlon.* Im Gegensatz zum *Rawls*schen Urzustand geht er von wohlinformierten Personen in einer Situation gleicher Macht, garantiert durch ein Vetorecht, aus. Ihr gedachter Sozialvertrag bezieht sich auf diejenigen Vereinbarungen, die sich vernünftigerweise nicht zurückweisen lassen. *Scanlon* formuliert hierfür ein allgemeines Theorem über die Falschheit sozialbezogenen Handelns (Ungerechtigkeit). Im Umkehrschluß läßt sich daraus ableiten, wann sozialbezogenes Handeln richtig ist (Gerechtigkeit). Das Theorem lautet in wörtlicher Übersetzung[412]:

> T_S: Eine Handlung ist falsch, wenn ihre Ausführung unter den Umständen von jedem Regelsystem zur Verhaltensregelung verboten würde, das niemand vernünftigerweise als Grundlage einer informierten, unerzwungenen, allgemeinen Vereinbarung zurückweisen könnte.

b) *Die Voraussetzung der Unerzwungenheit*

Scanlon sieht den hypothetischen Vertrag (die 'allgemeine Vereinbarung') als 'unerzwungen' (*unforced*) an. Das entspricht der kontraktualistischen Vorstellung, daß nur eine freiwillige Entscheidung binden kann[413]. Es schließt jedenfalls aus, einen Teilnehmer zur Zustimmung zu zwingen. Doch nach *Scanlon* verbirgt sich in dem Kriterium der Unerzwungenheit noch mehr. Es soll außerdem ausschließen, daß sich jemand in einer schwächeren Verhandlungsposition (*weak bargaining position*) befindet, weil dann andere auf besseren Vertragsbedingungen bestehen könnten[414]. Das *Scanlon*-Kriterium enthält damit, ohne daß dies aus seiner Formulierung sofort deutlich würde, bereits das Element substantieller Gleichheit der Beteiligten als Voraussetzung. Man kann sagen, daß insoweit eine Annäherung an *Rawls* Modell eines egalitär definierten Urzustandes besteht.

III. *Beobachter- und andere Standpunkttheorien*

Das Darstellungsmittel des Beobachters präsentiert eine als Person gedachte Beurteilungseinheit in der Außenperspektive[415]. Die Unparteilichkeit, die für Theorien der

---

412 Im englischen Original bei *T.M. Scanlon,* Contractualism and Utilitarianism (1982), S. 110 lautet das Theorem: »An act is wrong if its performance under the circumstances would be disallowed by any system of rules for the regulation of behaviour which no one could reasonably reject as a basis for informed, unforced general agreement.«

413 Vgl. oben S. 98 (Rationalitätskonzept des Vertrags).

414 *T.M. Scanlon,* Contractualism and Utilitarianism (1982), S. 111.

415 Beispielsweise *K. Baier,* Standpunkt der Moral (1958), S. 191: »Regeln ... sind dem Vorteil von jedermann ohne Unterschied dienlich ... , wenn wir diese Regeln vom Standpunkt der Moral aus betrachten, d.h. vom Standpunkt eines unabhängigen, vorurteilslosen, unparteilichen, objektiven,

kantischen Grundposition kennzeichnend ist, wird dabei durch die Distanzierung von den Interessen der eigenen Person erreicht. Der Beobachter sieht nicht ausschließlich oder in erster Linie sich allein, sondern gleichzeitig immer alle anderen. Er kann darum idealerweise nur solche Urteile abgeben, die *für alle* richtig sind. Das Darstellungsmittel des Beobachters ist klassisch für Theorien des Utilitarismus, kann aber auch für Theorien der kantischen Grundposition fruchtbar gemacht werden. Als typisches Beispiel einer solchen Theorie kann die Gerechtigkeitstheorie *Nagels* herangezogen werden[416].

Im übrigen gibt es eine Reihe von Standpunkttheorien, die im Gegensatz zu Konsenstheorien monologisch arbeiten, also weder den Sozialvertrag, noch den Diskurs als Darstellungsmittel nutzen[417]. Andererseits kennen diese Theorien aber auch keine Beobachterperspektive. Sie sind reine Moraltheorien im engeren Sinne und verzichten ganz auf ein klassisches Darstellungsmittel, sondern fragen direkt nach Gründen für die Richtigkeit des Handelns. Dennoch gleichen sie den Beobachtertheorien, weil sie Gerechtigkeitsüberlegungen monologisch anstellen, statt dialogisch auf Konsens zu setzen. Ein neuerer Ansatz ist insoweit von *Barry* beschritten worden[418].

1. *Theorie des unparteiischen Beobachters (T. Nagel)*

a) *Der interne und der externe Standpunkt*

Nagel knüpft seine Gerechtigkeitstheorie insgesamt an die Frage, wie die Perspektive einer einzelnen Person in der realen Welt mit einer *objektiven* Betrachtung derselben Welt in Einklang zu bringen ist[419]. Damit sind zwei Standpunkte angesprochen, die ein Individuum einnehmen kann: der subjektive, interne, parteiische und der objektive, externe, unparteiische[420]. Der externe Standpunkt begründet notwendig einen hypothetischen Zustand der Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Beobachters[421]. Diese objektivierende Perspektive spielt bei der Rechtfertigung von Handlungsweisen, also für Fragen der praktischen Vernunft, laut *Nagel* eine wichti-

---

leidenschaftslosen, neutralen Beobachters. Wenn wir von einem solchen Standpunkt gewissermaßen mit Gottes Augen beobachten, dann können wir sehen, 'Du sollst nicht töten' hält.« Ähnlich *T. Nagel,* View From Nowhere (1986), S. 185 ff. Zu klassischen Vorbildern (etwa *Hume;* dazu oben S. 100, Fn. 280) vgl. *K.G. Ballestrem,* Methodologische Probleme in Rawls' Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 120.

416 Dies zeigt sich schon im Titel des Werks: 'The View From Nowhere'.

417 Etwa das fiktive Gedankenspiel bei *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 29 f.

418 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995). Dazu unten S. 215 ff. (Gerechtigkeit als Unparteilichkeit).

419 *T. Nagel,* View From Nowhere (1986), S. 3: »This book is about a single problem: how to combine the perspective of a particular person inside the world with an objective view of that same world, the person and his viewpoint included.« Diese Konzeption hat *Nagel* in 'Equality and Impartiality' (1991) konkretisiert.

420 *T. Nagel,* View From Nowhere (1986), S. 3; zur Gleichsetzung des 'objektiven' mit dem 'externen' Standpunkt vgl. ebd., S. 110. Auch *Hume* berücksichtigte *beide* Standpunkte; dazu oben S. 101, Fn. 285.

421 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 10 ff. Vgl. oben S. 100 (Beobachter).

ge, wenn auch nicht die alleinige Rolle[422]. Das richtigkeitsverbürgende Element liegt in der gedachten Überpersönlichkeit, die sogar das Ideal der Allwissenheit einschließen kann[423] und jedenfalls die Befangenheit des Einzelnen in seiner neigungs- und interessengebundenen Identität durch ein Element der Universalisierung des Standpunkts erweitert. Der Handelnde ist, ganz im Sinne *Kants,* nicht länger seiner neigungsbefangenen Willkür ausgeliefert, sondern findet in der objektivierten Selbstgesetzgebung einen freien Willen und damit Autonomie[424].

b) Das Nagel-*Kriterium (T_N)*

Statt unmittelbar auf *Kants* Konzept des freien Willens und der privaten Autonomie zurückzugreifen[425], vertritt *Nagel* die These, daß sich die Richtigkeit des Handelns als ein angemessener Ausgleich zwischen dem parteiischen und dem unparteiischen Standpunkt darstellen läßt[426]. Grundsätze, die gleichzeitig beiden Standpunkten vollständig gerecht werden, gibt es nach *Nagel* nicht[427]. Auch könne der parteiische Standpunkt des Individuums nie ganz zugunsten eines unparteiischen Standpunktes aufgegeben werden, weil er bestimmte berechtigte Ansprüche des Einzelnen stelle (z.B. den Anspruch auf Überleben und auf familiäre und gemeinschaftliche Solidarität[428]). Mit dieser vermittelnden Position zwischen den Standpunkten grenzt *Nagel* sich einerseits vom Konsequentialismus ab, der ausschließlich agenten-neutrale Gründe anerkennt (aristotelische Grundposition)[429], und andererseits von 'reinen individualistischen Rechtstheorien', die ausschließlich auf den Ausgleich kollidierender Einzelinteressen und damit auf agenten-relative Gründe abstellen (hobbesianische Grundposition)[430]. Das Richtigkeitskriterium läßt sich in folgendem Theorem ausdrücken[431]:

---

422 Zur Kombination des persönlichen und des überpersönlichen (Beobachter-)Standpunkts siehe vor allem *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 10 ff.

423 Beispielsweise *K. Baier,* Standpunkt der Moral (1958), S. 191: »Standpunkt eines ... Beobachters ... gewissermaßen mit Gottes Augen«. Illustrativ aus der Literatur insoweit *F. Dürrenmatt,* Monstervortrag über Gerechtigkeit (1969), S. 12 ff.

424 Vgl. *I. Kant,* KpV (1788), A 58 zu Autonomie des Willens und Heteronomie der Willkür.

425 Zu den Schwierigkeiten ausführlich *T. Nagel,* View from Nowhere (1986), S. 110 ff.

426 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 40: »The conception of morality which I would defend includes general principles for both agent-neutral and agent-relative reasons, and for the proper relation between them.«

427 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 49.

428 Vgl. zu den Beispielen *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 11, 14; zur Unaufgebbarkeit des parteiischen Standpunkts ebd., S. 15, 40.

429 Zum Begriff des Konsequentialismus (*consequentialism*) siehe oben S. 152 (Charakteristika der aristotelischen Grundposition). Agenten-neutrale Gründe sind diejenigen, die nicht aus Sicht eines bestimmten Handelnden, sondern aus Sicht eines unparteiischen Beobachters zählen.

430 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 49.

431 Das Kriterium ist in wörtlicher Übersetzung *Nagels* Definition eines gerechten Systems entnommen; *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 38: »A legitimate system is one which reconciles the two universal principles of impartiality and reasonable partiality so that no one can object that his interests are not being accorded sufficient weight or that the demands made on him are excessive.«

T_N: Eine Handlung ist richtig, wenn sie die beiden universellen Prinzipien der Unparteilichkeit und der vernünftigen Parteilichkeit so zum Ausgleich bringt, daß niemand einwenden kann, seine Interessen seien nicht mit hinreichendem Gewicht berücksichtigt oder es würden übermäßige Opfer von ihm verlangt.

Nach *Nagel* liegt in dieser Abwägung der als Prinzipien formulierten Standpunkte eine praktikable Kombination (*livable combination*), die sich zudem als eine Form kantischer Universalität verstehen lasse[432].

c) Zur 'vernünftigen' Parteilichkeit

Die Konkretisierung von T_N geschieht vor allem dadurch, daß die 'vernünftige' Parteilichkeit beschränkt wird. Nach *Nagel* kann sich niemand auf seine größere Verhandlungsmacht (*bargaining power*) berufen, weil dieser nicht selbst moralisches Gewicht zukomme, sondern sie allenfalls im Rahmen eines anderweitig gerechtfertigten Systems (z.B. einer Marktordnung) eine Rolle spielen könne[433]. Auch auf die eigenen Talente und Fähigkeiten soll man sich vom Standpunkt der 'vernünftigen' Parteilichkeit aus nicht berufen dürfen, weil diese nicht selbst verdient seien[434]. Im Ergebnis vertritt *Nagel* deshalb eine politische Philosophie, die in ihrer Egalität derjenigen von *Rawls* ähnelt, vielleicht sogar noch über diese hinausgeht[435]. Seine Interpretation der 'vernünftigen' Parteilichkeit fordert weitgehenden Verzicht vom Individuum und bildet eine radikale Stärkung des Standpunktes eines externen Beobachters[436]. Letztlich läuft *Nagels* Ausgleich der Standpunkte auf eine massive Umverteilung hinaus, wo immer eine soziale Ungleichheit nicht auf individuelles Verschulden der Benachteiligten zurückzuführen ist[437].

---

432 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 15, 40.

433 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 39.

434 *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 121.

435 So auch *Nagel* selbst; *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 121: »I share Rawls's egalitarian sentiments, and might even defend something more egalitarian than priority to the worse off, given the factor of social causation.«; S. 3: »My belief is not just that all social and political arrangements so far devised are unsatisfactory. ... We do not yet possess an acceptable political ideal, for reasons which belong to moral and political philosophy.«

436 Vgl. *T. Nagel,* Equality and Impartiality (1991), S. 16: »What the impersonal standpoint generates ... is a massive impartial addition to each individual's values without any indication of how this is to be combined with the personal values that were already there.«

437 So schon *T. Nagel,* Was bedeutet das alles? (1987), S. 72: »Ich für meinen Teil glaube, daß ... es mit Sicherheit ungerecht ist, wenn ein sozioökonomisches System zur Folge hat, daß einige Menschen unter bedeutenden materiellen und sozialen Nachteilen leiden, an welchen sie keine Schuld haben, wenn sich dies durch ein System redistributiver Besteuerung und sozialer Hilfsmaßnahmen verhindern ließe.«

2. *Theorie der Gerechtigkeit als Unparteilichkeit (B. Barry)*

a) *Die Unparteilichkeit zweiter Ordnung*

Barry nennt seine Gerechtigkeitstheorie die »Theorie der Gerechtigkeit als Unparteilichkeit«[438]. Die Theorie sucht nach Prinzipien und Regeln, die als Grundlage für eine freie Einigung zwischen solchen Personen dienen können, die eine Einigung unter vernünftigen Bedingungen wollen (Unparteilichkeit der zweiten Ordnung)[439]. Sie ist trotz ihrer Bezugnahme auf eine 'Einigung' keine Sozialvertragstheorie, da sie auf das Darstellungsmittel des Vertrags verzichtet. Die Theorie grenzt sich auch von Beobachtertheorien wie derjenigen *Nagels* ab, denn ihre Unparteilichkeit ist nicht diejenige eines unparteiischen Beobachters[440]. Die gemeinte Unparteilichkeit ist ferner nicht die universelle Unparteilichkeit 'erster Ordnung', die *Barry* in simplizistischen Versionen des Utilitarismus und Kantianismus verortet[441]. Unparteilichkeit 'zweiter Ordnung' will vielmehr Prinzipien und Regeln bestimmen, die als Metakriterien für die Vermittlung zwischen konfligierenden Konzeptionen des Guten taugen. Eine Unparteilichkeit erster Ordnung, verstanden als umfassender Altruismus, könnte das nicht leisten, da solcher Altruismus mindestens so viele konfligierende Standpunkte erzeugt, wie es Konzeptionen des Guten gibt[442].

b) *Die Notwendigkeit von Gerechtigkeitsregeln*

Zunächst stellt *Barry* fest, daß jede Gesellschaft, selbst wenn sie je eine einheitliche Konzeption des Guten befürwortet (etwa diejenige des Utilitarismus oder des Thomismus), immer noch bestimmte Regeln benötige: Verfassungsregeln, die Quelle und Anwendungsbereich der politischen Autorität definieren, Regeln des Gesetzesrechts und Regeln außerhalb des positiven Rechts, die bestimmte Verhaltensweisen als falsch kennzeichnen[443]. Solche Regeln, die jede Gesellschaft benötigt, um Konflikte zu vermeiden, nennt er 'Gerechtigkeitsregeln' (*rules of justice*). Anders als bei Theorien der aristotelischen Grundposition will *Barry* die Regeln indes durch eine *freistehende Konzeption der Gerechtigkeit* ausfüllen, also eine solche, die nicht von einer übereinstimmenden Konzeption des Guten getragen wird, sondern ein anderes Motiv für ihre Befolgung aktiviert. Dieses Motiv sieht *Barry* in der unparteiischen Entscheidung zwischen konfligierenden Ansprüchen, die sich aus den unterschiedlichen Interessen, Perspektiven und Konzeptionen des Guten ergeben. Auf eine solche Unparteilichkeit der zweiten Ordnung sollen sich auch die Anhänger widerstreitender Konzeptionen des Guten einigen können.

---

438 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 11, 52 ff. (72 ff.).

439 So ausdrücklich *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 11.

440 Vgl. *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 255: »I denied that justice as impartiality is a 'view from nowhere'«.

441 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 12, 217 ff., 234 ff.

442 *Barry* beruft sich insoweit auf eine Einsicht, die bereits *Nagel* formuliert hat; *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 28.

443 Hierzu und zum folgenden *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 73 ff. (75).

c) Zur Anwendbarkeit des Scanlon-Kriteriums (T_S)

Um die gemeinte Unparteilichkeit inhaltlich zu konkretisieren, greift *Barry* auf das Kriterium von *Scanlon* in T_S zurück. Bestimmte Grundfreiheiten, etwa die in *Rawls* erstem Gerechtigkeitsprinzip N_1 (z.B. Meinungsäußerungsfreiheit, Religionsfreiheit), ließen sich damit als Gerechtigkeitsregeln der Unparteilichkeit begründen[444]. Denn eine auf eine Mehrheitsreligion beschränkte Freiheit könne nicht schlüssig als Grundlage für eine allgemeine Einigung angeboten werden, da auch für die ausgeschlossene Minderheit die Religionsfreiheit so wichtig sei, daß sie eine Ausschlußregelung vernünftigerweise zurückweisen müßte. Allgemein muß eine Sachfrage, die wichtig für jeden ist, so durch Gerechtigkeitsregeln bestimmt sein, daß jeder ihr zustimmen könnte. Neben der religiösen sei deshalb beispielsweise auch die sexuelle Toleranz als Gerechtigkeitsregel geboten; Gesetze, die konsensualen homosexuellen Geschlechtsverkehr verbieten, sind danach ungerecht. Die 'Gerechtigkeit als Unparteilichkeit' appelliert an die inhärente Fairneß solcher Gerechtigkeitsregeln, nicht an die möglicherweise durch sie förderbaren Konzeptionen des Guten[445]. Nach *Barry* gibt es keine Konzeption des Guten, die mit hinreichender Gewißheit begründen könnte, warum ihre Glaubenssätze auch für diejenigen verbindlich sein sollen, die sie ablehnen[446].

d) Prozedurale und substantielle Verfassungsregeln

Zu den Gerechtigkeitsregeln, die in eine Verfassung aufzunehmen sind, zählt *Barry* neben den schon genannten Freiheiten der Religion und des konsensuellen Geschlechtsverkehrs auch die persönliche Freiheit, das Gebot des fairen Verfahrens, das Verbot der Folter, Grundregeln des politischen Systems zur Sicherung gegen Mißbrauch durch die Regierung oder Parlamentsmehrheiten, die Meinungsäußerungsfreiheit und die Freiheit zur politischen Organisation[447]. Doch führt das Kriterium in T_S nicht in jedem Fall zu *Freiheits*rechten. Auch bestimmte Freiheits*beschränkungen* müßten als Schutzansprüche aufgenommen und als Verbotstatbestand in den Gerechtigkeitsregeln berücksichtigt werden, etwa der Schutz gegen Räuberbanden, Kindesmißhandlung, Witwenverbrennung und Geschlechtsverstümmelung[448].

Nicht alle dieser Gerechtigkeitsregeln sollen sich als prozedurale Garantien formulieren lassen[449]. Manchmal sei es notwendig, ein bestimmtes Ergebnis verfassungskräftig festzuschreiben, weil prozedurale Regeln keinen hinreichenden Schutz

---

444 Hierzu und zum folgenden *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 70, 82 ff.

445 Bestimmte (intolerante) Konzeptionen des Guten werden selten durch diese Art der Gerechtigkeitsregeln gefördert werden, finden sich also häufiger durch *Barrys* Gerechtigkeitstheorie beschränkt als andere (tolerantere) Konzeptionen. Das ist nach *Barry* durchaus gewollt; *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 77; sowie S. 114: »We often find an elaborate rationalization of the indefensible. Slavery, for example, ... Since justice as impartiality requires the parties not to have false beliefs, it is hardly surprising that there should be people to whom it is not accessible, given their esxisting beliefs.«

446 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 169.

447 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 85.

448 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 90 f.

449 *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 93.

gewähren könnten. Wenn beispielsweise eine Gesellschaft so deutlich entlang ethnischer Linien gespalten sei, daß keine prozeduralen Mitbestimmungsrechte der Minderheit (z.B. Zigeuner oder Slumbewohner) einen sicheren Schutz gegen die zur Diskriminierung entschlossene Mehrheit bieten, dann müssten *substantielle Gerechtigkeitsregeln* in der Verfassung diesen Schutz erzwingen[450]. In der Regel hingegen seien prozedurale Gerechtigkeitsregeln gefordert[451], insbesondere diejenigen, die eine öffentliche Diskussion der Regierungsentscheidungen sicherstellen[452], etwa durch Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, aber auch durch strikte Beschränkungen der privaten Parteienfinanzierung[453].

Zusammenfassend kann man *Barrys* neuere Theorie als eine Begründung verfassungskräftiger Menschen- und Demokratierechte verstehen, die vollständig auf dem *Scanlon*-Kriterium T_S aufbaut.

IV. Diskurstheorien

1. Charakteristika

Nach den Theorien des rationalen praktischen Diskurses ist die Antwort auf eine praktische Frage genau dann richtig, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur, der des rationalen praktischen Diskurses, sein kann[454]. In bezug auf Gerechtigkeitsfragen sind Diskurstheorien dadurch prozedurale Gerechtigkeitstheorien im Sinne von D_4. Diskurstheorien bringen in Diskursregeln die Ideen der Universalität und Autonomie zum Ausdruck und stellen die Diskurstheorie dadurch in die kantische Tradition. Autonomie liegt darin, daß die Diskursteilnehmer als freie und gleiche Individuen angesehen werden. Universalität ist gleich in mehrfacher Hinsicht enthalten. Sie kommt zum Ausdruck in der persönlichen Teilnahmefreiheit (universelle Teilnahme) und dadurch, daß eine Begründung von der Zustimmung aller abhängt (universelle Zustimmung).

Diskurstheorien treten als prozedurale Theorien der praktischen Richtigkeit in verschiedenen Spielarten auf, die vor allem auf *Habermas, Apel* sowie, besonders im Bereich juristischer Argumentation, auf *Alexy* und *Günther* zurückgehen. Unterschiede zwischen den einzelnen diskurstheoretischen Entwürfen zeigen sich in zahlreichen Details[455]. Bei allen Unterschieden im einzelnen gibt es aber einige Theorie-

---

[450] *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 100 f.

[451] *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 109 f.: »Generalizing the point, we may say that, where substantive justice falls short, the search for agreement has to be pushed up to the procedural level. ... [N]obody could reasonably object to this proposition: that, in cases where justice is not determinative, the constitutional rules, plus the relevant educational institutions, the organization of the mass media of communication, and so on, should provide for the decision to be made in conditions that instantiate the circumstances of impartiality.«

[452] *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 103.

[453] *B. Barry,* Justice as Impartiality (1995), S. 108.

[454] Vgl. *R. Alexy,* Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems (1991), S. 30.

[455] Dazu etwa *T. Bausch,* Ungleichheit und Gerechtigkeit (1993), S. 155 ff. – Unterschiede zwischen der universal- oder formalpragmatischen Begründung bei *Habermas* einerseits und der transzendentalpragmatischen Begründung bei *Apel* andererseits; ähnlich *H. Gronke,* Apel versus Habermas

elemente, die sich in jeder Diskurstheorie in ähnlicher Form aufzeigen lassen und die selbst von Gegnern des diskurstheoretischen Ansatzes nicht bestritten werden – etwa die Unterscheidung zwischen idealen und realen Diskursen und die Bezugnahme auf Diskursregeln[456]. Im Interesse einer überschaubar kurzen Darstellung soll darum zunächst von den Unterschieden im Detail abgesehen werden, um allgemeine Grundlagen der Diskurstheorien zu beschreiben. Dabei wird auf die Diskursregeln zurückgegriffen, die *Alexy* formuliert hat[457].

a) Die Diskursarten

aa) Die Definitionen des Diskurses (D_{Di} D_{Dr})

Der inflationäre Gebrauch, den das Wort 'Diskurs' in der Umgangssprache und mancher Fachsprache in jüngerer Zeit erfährt, macht zunächst eine Klarstellung nötig: Diskurs im Sinne der Diskurstheorie ist nicht jede Unterhaltung oder jedes Zwiegespräch. Wer sich mit einem Verkäufer über den Preis unterhält, führt nicht etwa einen 'wirtschaftlichen Diskurs', sondern eine Verhandlung; wer gemeinsam mit anderen zu Gott betet, befindet sich nicht in einem 'religiösen Diskurs', sondern bemüht sich um ein Zwiegespräch (Dialog); und wer an einer bewaffneten Auseinandersetzung teilnimmt, ist nicht in einem 'militärischen Diskurs', sondern im Krieg. Eine Diskussion, verstanden als themenorientierte Unterhaltung, verliert den Charakter eines Diskurses spätestens dann, wenn die Diskussionsteilnehmer ihre Standpunkte mit Gewalt oder Drohung untermauern[458]. Diskurs im Sinne der Diskurstheorie ist nur ein bestimmtes Ideal der Verständigung (idealer Diskurs) und die nach den Umständen angemessene Annäherung an dieses Ideal (realer Diskurs).

Diskurstheorien sind Argumentationstheorien und dadurch von Verhandlungs- und Entscheidungstheorien abzugrenzen. Für den Diskurs ist es deshalb charakteristisch, daß die Teilnehmer um das beste Argument ringen (Verständigungsorientierung, *arguing*), nicht um den besten Weg zur Durchsetzung der je eigenen Interessen (Erfolgsorientierung, *bargaining*)[459]. Es gibt theoretische Diskurse über empirische Wahrheit und praktische Diskurse über die Richtigkeit des Handelns. Hier geht es allein um Gerechtigkeitsdiskurse, also um eine besondere Gruppe unter den praktischen Diskursen. Innerhalb der praktischen Diskurse ist, wie überhaupt immer bei

---

(1993), S. 273 ff.; *P. Gril,* Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas (1997), S. 206 ff.; *ders.,* Möglichkeit praktischer Erkenntnis (1998), S. 130 f.; *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 161 ff. – Abgrenzung von der *Habermas*schen Theorie.

456 Vgl. etwa *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 17: »Chancengleichheit für alle Diskursteilnehmer, Redefreiheit, keine Privilegierung, Wahrhaftigkeit, Freiheit von Zwang. In der Tat dürften hierin die wesentlichen formalen Bedingungen eines rationalen Diskurses liegen.«

457 Dazu *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 234 ff.

458 *W. Reese-Schäfer,* Das Begründungsprogramm Diskursethik (1990), S. 16: »Die Voraussetzung der Diskurse ist, anders als beim Überlebenskampf, die Anerkennung des anderen; zumindest also seines Lebensrechts, und die Bereitschaft, Dissens gewaltfrei zu klären.«

459 Dazu unten S. 232 (charakteristischer Gegensatz von Argumentation und Verhandlung).

Diskursen, zwischen idealen und realen zu unterscheiden. Der Unterschied läßt sich in den folgenden Definitionen ausdrücken:

D_{Di}: Ein idealer praktischer Diskurs ist ein Diskurs, bei dem »unter den Bedingungen unbegrenzter Zeit, unbegrenzter Teilnehmerschaft und vollkommener Zwanglosigkeit im Wege der Herstellung vollkommener sprachlich-begrifflicher Klarheit, vollkommener empirischer Informiertheit, vollkommener Fähigkeit und Bereitschaft zum Rollentausch und vollkommener Vorurteilsfreiheit die Antwort auf eine praktische Frage gesucht wird.«[460]

D_{Dr}: Ein realer praktischer Diskurs ist ein Diskurs, bei dem unter Bedingungen, die so weit, wie es nach den Umständen angemessen ist, denen des idealen Diskurses angenähert sind, mindestens aber den Verzicht aller Beteiligten auf die absichtliche Ausübung von Zwang durch Gewalt und Drohung beinhalten, die Antwort auf eine praktische Frage gesucht wird.

bb) Der innere Diskurs

In D_{Di} sind die idealen Rahmenbedingungen einer Suche nach den besten Gründen, die Diskursregeln[461], vollständig verwirklicht[462]. Der ideale Diskurs ist dadurch zwangsläufig ein reines Gedankenexperiment, das in der Realität schon wegen der zeitlichen Unbegrenztheit nicht durchführbar ist. Selbst der innere Diskurs, wie er (monologisch) im Kopf einer Person real geführt wird, kann das Ideal nur *annäherungsweise* verwirklichen[463]. Die Vorgehensweise entpricht in etwa derjenigen eines unparteiischen Richters, der versucht, sich nacheinander in die Lage aller Beteiligten zu versetzen und für jede der Perspektiven Argumente zu finden[464]. Ein solcher innerer Diskurs des Richters ist mit erheblichen Unsicherheiten befrachtet, gerade wenn es um die Antizipierung der widerstreitenden Argumente idealer Diskursteilnehmer geht. Es liegt darum nahe, die von der gerichtlichen Entscheidung Betroffe-

---

460 *R. Alexy,* Probleme der Diskurstheorie (1989), S. 113; *ders.,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 412; ählich *ders.,* Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems (1991), S. 35.

461 Dazu unten S. 222 ff. (Diskursregeln).

462 Zum folgenden siehe *R. Alexy,* Probleme der Diskurstheorie (1989), S. 109 ff., 114 ff.

463 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 224 mit Fn. 11: »Innere Diskurse sind Überlegungen einer Person, in denen die möglichen Gegenargumente gedachter Opponenten erwogen werden.« Der (reale) innere Diskurs ist vom (virtuellen) hypothetischen Diskurs zu unterscheiden. Vgl. zu letzterem unten S. 312 ff. (unmittelbare Begründung von Gerechtigkeitsnormen als 'diskursiv notwendig').

464 Zu weitgehend *U. Neumann,* Zur Interpretation des forensischen Diskurses (1996), S. 417 f., der den 'forensischen Disput', so wie er heute geführt wird, insgesamt als monologisch ansehen will und die Prozeßparteien auf die Rolle von Informationsquellen reduziert, »schlimmstenfalls die von Störfaktoren, die das Ziel der Erarbeitung der 'richtigen' Entscheidung gefährden.«

nen ihre Argumente in einem realen Diskurs selbst vortragen zu lassen, etwa durch schriftsätzliche Stellungnahmen oder in einer mündlichen Verhandlung. Ob es sich dann beim Gerichtsverfahren noch um einen Diskurs handelt (Sonderfallthese), oder ob die Erfolgsorientierung des Parteihandelns und die rechtlichen Rahmenbedingungen für zulässige Argumentation nicht bereits so viele diskursfremde Beschränkungen einführen, daß der Diskursbereich verlassen ist, soll hier zunächst dahingestellt bleiben[465]. Nach der weiten Definition in D_{Dr} liegt jedenfalls dann ein realer praktischer Diskurs vor, wenn sich die Argumentation 'so weit, wie es nach den Umständen angemessen ist,' an den idealen Diskurs anlehnt und jedenfalls Gewalt und Drohung ausschließt.

cc) Der handlungsentlastete Diskurs

Eine Situation, die unstreitig einen realen praktischen Diskurs darstellt – gewissermaßen der Prototyp des realen praktischen Diskurses – ist die Diskussion unter Freunden über eine Frage der Moral, deren Entscheidung weder zeitlich drängt noch pragmatisch für die Beteiligten wichtig ist[466]. Eine solche Diskussionssituation ist gemeint, wenn im folgenden ohne nähere Bestimmung von realen Diskursen die Rede ist. Man kann bei diesem Prototyp des realen Diskurses auch von einem *handlungsentlasteten Diskurs* sprechen.

dd) Der reale Diskurs als diskursive Kontrolle

Die ideale Voraussetzung, die bei realen Diskursen niemals vollständig verwirklicht werden kann, ist die Unendlichkeit des Diskurses ('unter den Bedingungen unbegrenzter Zeit')[467]. Im idealen Diskurs argumentieren die Teilnehmenden selbst dann weiter, wenn sie bereits einen Konsens erzielt haben, denn es ist nie ausgeschlossen, daß neue Argumente entdeckt werden, die den Konsens zusätzlich stützen oder ihn beseitigen. Will man diese Unendlichkeit so weit wie möglich real verwirklichen, so muß man sie als eine *potentielle* Unendlichkeit des Diskurses verstehen. Es muß jederzeit möglich sein, daß die Teilnehmer, die zunächst den Diskurs mit einem Konsens beenden, ihn beim Auffinden neuer Argumente wieder aufnehmen. Potentielle Unendlichkeit bedeutet also beim realen Diskurs, daß die Entscheidung jederzeit *diskursiv kontrolliert* bleibt. Bei einem so weit wie möglich idealisierten Diskurs ist ein Konsens darum nie endgültig oder definitiv.

Solche Diskurse sind indes nur selten möglich. Meist wird es darum gehen, innerhalb angemessener Zeit eine *Entscheidung* zu erreichen, die entweder durch Ab-

---

[465] Zur Sonderfallthese, d.h. zu der These, daß juristische Diskurse ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses sind, ausführlich *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 426 ff. m.w.N.; dazu unten S. 255 (Begründung von Rechtsnormen).

[466] Die Diskussion unter Freunden ist ein besseres Beispiel als die Diskussion unter 'Fachleuten', also insbesondere unter Moralphilosophen, weil letztere unter Umständen ein fachliches Interesse am Ausgang haben, es für sie also pragmatisch wichtig sein könnte, ob sie sich persönlich mit ihrer Ansicht durchsetzen können. Vgl. aber *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 45, der als Beispiel den Fachkongreß unter Philosophen vorschlägt.

[467] *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 148 f.

stimmung oder als autoritative Entscheidung ergeht, oder in einem Konsens besteht, der für die Zukunft Bindungswirkung entfaltet, nicht jederzeit revisibel ist und deshalb nur noch als bedingt diskursiv kontrolliert angesehen werden kann. Sieht man etwa das Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung als Diskurs[468] und entsteht in diesem Verfahren (ausnahmsweise) ein Konsens, der zur einstimmigen Verabschiedung eines Gesetzes führt, dann bleibt dieses Gesetz zwar diskursiv kontrolliert, weil eine Meinungsänderung unter den Parlamentsmitgliedern gesetzliche Korrekturen bewirken könnte, doch ist die diskursive Kontrolle 'bedingt' in dem Sinne, daß nicht schon die Meinungsänderung einer einzigen Person den realen Diskurs wieder aufleben läßt. Die Bindungswirkung einer Entscheidung gehört – wie auch deren andere Charakteristika (Zeitlimit, Mehrheitsprinzip oder autoritative Setzung) – zu den *nicht-idealen* Elementen, die typischerweise mit realen Diskursen verbunden sind.

ee) Der ideale Diskurs als regulative Idee (T_{Dr})

Mit der Bedeutung des Konsenses für reale Diskurse ist eine Frage verbunden, die bereits in idealen Diskursen angelegt ist: die Frage der Konvergenz[469]. Es ist nämlich möglich, daß ein Konsens selbst unter idealen Diskursbedingungen in bestimmten praktischen Fragen nie eintritt. Zumindest läßt sich die Konsensfähigkeit für Fragen des richtigen Handelns nicht beweisen. Es gibt keinen *Konvergenzbeweis* dahingehend, daß sich die verschiedenen Standpunkte der Diskursteilnehmer im Laufe des unendlich gedachten Diskurses einander annähern, bis sie schließlich in einen Konsens münden. Wenn also selbst der ideale Diskurs möglicherweise ergebnislos, jedenfalls nie definitiv und außerdem nur näherungsweise durchführbar ist, worin besteht dann sein Wert? Er besteht in der Leitbildfunktion für den realen Diskurs: Im realen Diskurs gelten die Diskursregeln als *regulative Idee*. Je mehr sich die Bedingungen des realen Diskurses den Bedingungen eines idealen Diskurses annähern, desto besser begründet ist die Entscheidung, die in einem solchen Diskurs getroffen wird.

Verbindet man D_{Dr} mit diesen Überlegungen zur regulativen Idee, dann gilt ein Satz, auf den im letzten Teil dieser Untersuchung mehrfach zurückgegriffen wird und der bereits hier formuliert werden kann:

> T_{Dr}: Die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln eines realen Diskurses müssen so weit, wie nach den Umständen angemessen, der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen angeglichen werden.

---

468 Dazu unten S. 345 (parlamentarische Gesetzgebung als realer Diskurs).

469 Sie ist Anknüpfungspunkt für die Kritik, die *Kaufmann* aus Sicht seiner 'Konvergenztheorie der Wahrheit' anführt; vgl. *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 440 ff.

ff) Ein Anwendungsdiskurs? (K. Günther)

Günther hat die These aufgestellt, daß zwar »die Anwendung von Normen auf Situationen als Diskurs möglich ist«, es sich dabei aber um spezielle 'Anwendungsdiskurse' handelt, die von allgemeinen praktischen Diskursen, insbesondere den Begründungsdiskursen zur Normbegründung, zu unterscheiden sein sollen[470]. Den Einzelheiten dieser These kann hier nicht nachgegangen werden. Doch erscheint die Trennung von Anwendungs- und Begründungsdiskursen wenig plausibel, wenn man das erwähnte 'Primat der Gerechtigkeitsbegründung' berücksichtigt, nach dem jede reale Erzeugung von Gerechtigkeit durch Verfahren davon abhängig ist, daß die Verfahren selbst als gerecht *begründet* sind[471]. Soll also durch eine Normanwendung Gerechtigkeit erzeugt werden, dann ist das Verfahren der Normanwendung letztlich auf eine Gerechtigkeitsbegründung angewiesen. Entsprechend hat *Esser* für die Rechtsanwendung festgestellt, daß sie nicht bei einer rechtsinternen Konsistenzprüfung stehen bleiben könne, sondern sich auf eine rechtsexterne Kohärenzprüfung erstrecken müsse, wenn überhaupt eine Richtigkeitskontrolle stattfinden soll[472]. Sie bleibt damit immer auf eine Begründung angewiesen. Durch dieses Angewiesensein auf Begründung erweisen sich Anwendungsdiskurse *nicht* als eine von Begründungsdiskursen zu trennende Diskursform[473].

b) Die Diskursregeln

Eine Diskurstheorie muß als Argumentationstheorie Regeln dafür formulieren, wann ein Argument im Diskurs gültig sein soll – die Diskursregeln. Diskursregeln definieren die Rahmenbedingungen eines idealen Diskurses, der gleichzeitig die regulative Idee aller realen Diskurse ist. Die Diskursregeln sind an anderer Stelle bereits ausführlich formuliert, klassifiziert und begründet worden[474]. Hier soll es nur darum

---

470 *K. Günther,* Sinn für Angemessenheit (1988), S. 25 ff., 50, 65 ff.; zustimmend *J. Habermas,* Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 138 ff.

471 Dazu oben S. 133 f. (Gerechtigkeitserzeugungstheorien).

472 Vgl. *J. Esser,* Vorverständnis und Methodenwahl (1970), S. 139 ff. – Notwendigkeit einer Richtigkeitskontrolle auch jenseits einer internen Rechtfertigung. Sachlich übereinstimmen *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 433: »In dem mit gerichtlichen Entscheidungen erhobenen Anspruch auf Richtigkeit sind beide Aspekte [Richtigkeit im Rahmen der geltenden Rechtsordnung sowie Vernünftigkeit und Gerechtigkeit des Rechts selbst] enthalten. Eine gerichtliche Entscheidung, die ein unvernünftiges oder ungerechtes Gesetz korrekt anwendet, erfüllt deshalb den mit ihr erhobenen Anspruch auf Richtigkeit nicht in jeder Hinsicht.«

473 *R. Alexy,* Normbegründung und Normanwendung (1993), S. 52 ff.

474 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 233 ff.; zustimmend *W. Reese-Schäfer,* Das Begründungsprogramm Diskursethik (1990), S. 24 f. Vgl. außerdem *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 130. Zu den *vier universalen Geltungsansprüchen* (Sinnanspruch, Wahrheitsanspruch, Wahrhaftigkeitsanspruch, Richtigkeitsanspruch) bei *Habermas* und *Apel,* die der Sache nach weitgehend ähnliche Anforderungen an den idealen Diskurs ausdrücken, sowie den Gewißheitsansprüchen (Wissen um die Bedeutung eines Behauptens, Bestreitens, Fragens; Bewußtsein des Wahrheitsanspruchs) siehe *K.-O. Apel,* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 22 f., 24 m.w.N. Zum Regelkatalog *Alexys* sind bisher, soweit ersichtlich, keine konkreten Alternativen formuliert worden, obwohl diese Regeln selbst teils Kritik erfahren haben, etwa bei *E. Hilgendorf,* Argumentation in der Jurisprudenz (1991), S. 186 ff., 203 ff.

gehen, sie schlagwortartig und nach ihren Regelungsgehalten gruppiert zusammenzufassen, um das Spektrum der Diskursanforderungen deutlich zu machen.

aa) Regeln der Konsistenz und Kohärenz

Zunächst definieren die Diskursregeln allgemeine Anforderungen, wie sie auch für nichtdiskursive Theorien der praktischen Vernunft gelten. Zu diesen allgemeinen Anforderungen an Theorien gehört deren *Konsistenz,* verstanden als innere Widerspruchsfreiheit[475], und *Kohärenz,* verstanden als äußere Widerspruchsfreiheit im Sinne einer Vereinbarkeit mit empirischen Tatsachen und anderen diskursexternen Rahmenbedingungen (z.B. Sprachkonventionen)[476].

Zu den Diskursregeln der Konsistenz gehört, daß kein Sprecher sich selbst widersprechen darf (Individualkonsistenz). Verschiedene Sprecher dürfen den gleichen Ausdruck nicht mit verschiedenen Bedeutungen benutzen (Terminologiekonsistenz). Jeder Sprecher darf nur das behaupten, was er selbst meint (Ernsthaftigkeit, 'Persönlichkeitskonsistenz'). Jeder Sprecher muß seine objekt- und subjektbezogenen Behauptungen auch für alle anderen Objekte und Subjekte aufrechterhalten, die in jeder relevanten Hinsicht gleich sind (Vollständigkeit, 'Standpunktkonsistenz').

Zu den Diskursregeln der Kohärenz gehört, daß jeder Sprecher das Gebot sprachlich-begrifflicher Klarheit beachten muß (Terminologiekohärenz). Jeder Sprecher darf nur das behaupten, was mit empirischen Tatsachen vereinbar ist (Wahrheitsgebot, 'Umweltkohärenz'). Jeder Sprecher darf nur fordern, was innerhalb gegebener Grenzen der Realisierbarkeit möglich ist (Realisierbarkeitsgebot, 'Möglichkeitskohärenz'). Jeder Sprecher darf nur solche Behauptungen erheben, deren Konsequenzen er akzeptiert (Folgenberücksichtigungsgebot, 'Standpunktkohärenz').

Die Regeln, die hier schlagwortartig als Standpunktkonsistenz und Standpunktkohärenz bezeichnet sind, können (genau wie die folgenden Gleichheitsregeln) durch ein Rollentauschprinzip verdeutlicht werden: Jeder muß bereit sein, die Rolle jedes anderen Diskursteilnehmers zu übernehmen[477].

---

475 Vgl. *R. Alexy,* Juristische Begründung, System und Kohärenz (1989), S. 96: »Eine Theorie ist konsistent, wenn sie keinen logischen Widerspruch aufweist.« Ebenso *D. Buchwald,* Der Begriff der rationalen juristischen Begründung (1990), S. 151.

476 Zu diesem Außenbezug der (graduellen, optimierungsbedürftigen) Kohärenz im Gegensatz zum Innenbezug der (logisch-absoluten) Konsistenz vgl. *R. Alexy,* Juristische Begründung, System und Kohärenz (1989), S. 97: »Je besser die Begründungsstruktur einer Klasse von Aussagen ist, desto kohärenter ist diese Klasse von Aussagen.«; sowie ebd., S. 102: »Je mehr wechselseitige empirische Begründungen ein System enthält, desto kohärenter ist es.« Die Einbettung juristischer Begründung in ein möglichst kohärentes System ist eine elementare Forderung der Gerechtigkeit, wie auch der praktischen Vernunft insgesamt: ebd., S. 106 f. Zur Kohärenz gehört außerdem, daß die Folgen des in der Theorie gerechtfertigten Handelns berücksichtigt werden; vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 130 sowie *D. Buchwald,* Der Begriff der rationalen juristischen Begründung (1990), S. 151 f., 253 ff.

477 Vgl. *R. Alexy,* Probleme der Diskurstheorie (1989), S. 113; dazu oben S. 218 (D_{Di}). Ähnlich bereits *ders.,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 251: »(5.1.1) Jeder muß die Konsequenzen der in einer von ihm behaupteten normativen Aussage vorausgesetzten Regel für die Befriedigung der Interessen einer jeden einzelnen Person auch für den hypothetischen Fall akzeptieren

bb) Regeln der Gleichheit und Freiheit

Neben diesen Diskursregeln, die allgemeine Gebote der Vernunft implementieren, gelten andere spezifisch für eine *diskursive* Konzeption praktischer Vernunft. Hierzu gehören zunächst Regeln über die gleichen Diskursfreiheiten und die Informiertheit: Jeder, der sprechen kann, darf an Diskursen teilnehmen (Teilnahmefreiheit). Jeder darf jede Behauptung in den Diskurs einführen (Thematisierungsfreiheit). Jeder darf jede Behauptung problematisieren (Kritisierungsfreiheit). Jeder darf sich über alle verfügbaren empirischen Daten unterrichten (Informationsfreiheit). Niemand darf durch innerhalb oder außerhalb des Diskurses herrschenden Zwang daran gehindert werden, seine Diskursfreiheiten wahrzunehmen (Zwangsfreiheit, insbesondere Herrschaftsfreiheit).

Die Zwangsfreiheit des Diskurses ist das wohl anspruchsvollste ideale Element, weil es in realen Diskursen nie vollständig verwirklicht werden kann[478]. Zur Zwangsfreiheit gehört nämlich auch die Freiheit von Entscheidungszwang. Eine solche Freiheit läßt sich aber nur herstellen, wenn der Diskurs potentiell unendlich fortzusetzen ist. Bei realen Entscheidungen über Fragen des Handelns gibt es dagegen den Zwang, irgendwann zu einem Ergebnis zu gelangen (z.B.: Budget verabschieden, Korn säen). Andernfalls würde das Nichthandeln selbst ganz unabhängig vom Diskurs ein Ergebnis faktisch setzen (z.B.: budgetlose Regierung, ertragloser Acker). Auch die Herrschaftsfreiheit ist real kaum vollständig zu verwirklichen. Zwar kann und muß Gewalt und Drohung im Diskurs verboten werden; ein Arbeitgeber kann also in einem Diskurs nicht mit Kündigung drohen. Doch lassen sich Machtunterschiede in der Realität nie ganz ausblenden, leben sie doch in typisiertem Rollenverhalten (arm / reich, Frau / Mann) fort.

cc) Regeln der Argumentationslast

Die Argumentation kann, wenn sie die Richtigkeit des Ergebnisses verbürgen soll, nicht vollständig in das Belieben der Beteiligten gestellt bleiben. Neben den Regeln über gleiche Diskursfreiheiten muß im Diskurs auch geregelt sein, wer wann ein Argument anzuführen hat. Zu den Regeln über Argumentationslasten gehört die, daß jeder seine Behauptungen auf Verlangen begründen muß, es sei denn, eine Begründungsverweigerung ist ausnahmsweise gerechtfertigt (Begründungslast). Jeder muß auf Verlangen begründen, warum er objekt- und subjektbezogenen Behauptungen für bestimmte andere Objekte und Subjekte nicht aufrechterhält (Differenzierungslast). Wer ein Argument angeführt hat, ist nur bei einem Gegenargument zu weiteren Argumenten verpflichtet (Entgegnungslast). Jeder, der eine Äußerung macht, die nicht auf den bisherigen Gegenstand und die bisherigen Argumente des Diskurses bezogen ist, muß auf Verlangen begründen, weshalb er diese Äußerung macht (Thematisierungslast).

---

können, daß er sich in der Situation dieser Person befindet.« Ebenso *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 116.

[478] Ausdrücklich *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 45: »Genau besehen, kann nicht einmal ein realer philosophischer Diskurs völlig herrschaftsfrei abgewickelt werden, sofern er als *realer* Diskurs ja auch niemals völlig *handlungs*- und *zeitentlastet* abgewickelt werden kann.«

c) Die Begründung der Diskursregeln

Die Begründung der Diskursregeln erfolgt in den einzelnen Diskurstheorien unterschiedlich[479]. In allen Theorien, seien sie universal- oder transzendentalpragmatisch, wird dabei nach den notwendigen Voraussetzungen von Kommunikation geforscht (Präsuppositionsanalyse). Das kann mit der Argumentform des transzendentalen Arguments beispielhaft gezeigt werden. Ein gemeinsames Element der Theorien liegt sodann in dem Hinweis auf den jeder Argumentation immanenten Richtigkeitsanspruch sowie dessen Unausweichlichkeit zur Vermeidung eines performativen Widerspruches. Damit läßt sich ein gemeinsamer Begründungskern der Diskurstheorien skizzieren[480].

aa) Das transzendentale Argument

Als 'transzendental' bezeichnet *Kant* die Bedingungen der Möglichkeit[481]. Von einem transzendentalen Argument spricht man demgemäß bei jeder Analyse notwendiger Voraussetzungen (Präsuppositionsanalyse). Dabei wird zunächst ein Ausgangspunkt in irgendeiner Hinsicht als *notwendig* behauptet oder erkannt (*praemissa maior*). Diese Notwendigkeit muß sodann auf weiteren Voraussetzungen beruhen, die selbst notwendig für ihren Bestand sind (*praemissa minor*). Daraus folgt, daß die Voraussetzungen in derselben Hinsicht als notwendig angesehen werden müssen, wie der Ausgangspunkt (*conclusio*). Wird beispielsweise der Stoffwechsel (Ausgangspunkt) als notwendig für das Weiterleben (relevante Hinsicht) eines Lebewesens erkannt (*praemissa maior*) und weiter gezeigt, daß die Nahrungsaufnahme notwendige Voraussetzung für einen kontinuierlichen Stoffwechsel ist (*praemissa minor*), so folgt daraus, daß die Nahrungsaufnahme in derselben Hinsicht, also bezüglich des Weiterlebens, für ein Lebewesen notwendig ist (*conclusio*).

Wie wird nun diese Argumentform des tranzendentalen Arguments für die Diskurstheorie konkretisiert? Regelmäßig werden Sprachphilosophie und Linguistik aktiviert, um die Notwendigkeit bestimmter Kommunikationseigenschaften aufzuzeigen[482]. Dabei ist es angesichts der Vielfalt unterschiedlicher Sprechakte (Verspre-

---

479 Dazu unten S. 233 ff. (einzelne Diskurstheorien).

480 Die folgende Darstellung der transzendentalen Begründung der Diskursregeln folgt im wesentlichen der Vorgehensweise bei *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 135 ff., soweit diese Begründungselemente illustriert, die auch mit den Aussagen anderer Diskurstheorien vereinbar sind.

481 Vgl. *I. Kant,* KrV (1787), B 25 f.: »Ich nenne alle Erkenntnis *transzendental*, die sich nicht so wohl mit Gegenständen, sondern mit unserer Erkenntnisart von Gegenständen, so fern diese a priori möglich sein soll, überhaupt beschäftigt. Ein *System* solcher Begriffe würde *Transzendental-Philosophie* heißen.« (Hervorhebungen bei *Kant*); *ders.,* KrV (1781), B80/A56: »transzendental (d.i. die Möglichkeit der Erkenntnis oder der Gebrauch derselben a priori)«.

482 Die wohl wichtigste Grundlage bildet insoweit die Theorie des illokutionären Aktes von *Austin. Austin* unterscheidet den Akt der Äußerung selbst (lokutionärer Akt) von dem Akt, der mit der Äußerung vorgenommen wird (illokutionärer Akt) und demjenigen, der sich aus der Äußerung ergibt (perlokutionärer Akt); *J.L. Austin,* Zur Theorie der Sprechakte (1962), S. 110 ff. (achte Vorlesung); vgl. dazu *J.R. Searle,* Speech Acts (1969), S. 30 – *illocutionary force indicators*; *D. Vanderveken,* Les actes de discours (1988), S. 107 ff. – *La forme logique des actes illocutoires*. Die folgende Präsuppositionsanalyse des Sprechaktes der Behauptung ist eine Analyse des *illokutionären Aktes,* also

chen, Fragen, Emotionsäußerungen, Stellungnahmen, Absichtserklärungen, Befehle, Begründungen, Behauptungen u.v.m.[483]) wenig aussichtsreich, gemeinsame Elemente *jeder* Kommunikation als notwendig darzulegen; allenfalls über abstrakte Strukturelemente von Sprechakten ließen sich Aussagen treffen[484]. Für den Zweck der Begründung von Diskursregeln genügt es, wenn für einzelne Sprechakte notwendige Voraussetzungen herausgearbeitet werden, um dann zu zeigen, daß diese Sprechakte selbst in irgendeiner Hinsicht notwendig sind. Der Sprechakt, für den das am aussichtsreichsten ist, ist derjenige des Behauptens in einem starken, d.h. voraussetzungsvollen Sinn. Behaupten in einem starken Sinne ist mehr als eine bloße Stellungnahme. Wer etwas behauptet, erhebt damit gleichzeitig – zumindest implizit – einen Anspruch auf Wahrheit oder Richtigkeit[485]. Täte er es nicht, würde der Sprecher sich mit dem Vollzug des Sprechaktes in Widerspruch zu dessen Inhalt setzen (*performativer Widerspruch*), würde also als Behauptender für etwas auftreten, das er für falsch oder für unbegründet hält[486].

Wenn jemand einen Anspruch auf Wahrheit oder Richtigkeit erhebt, so behauptet er gleichzeitig, daß dieser Anspruch einlösbar ist. Ansprüche auf Wahrheit oder Richtigkeit werden durch Begründungen eingelöst. Man kann folglich sagen: »Der Anspruch auf Wahrheit oder Richigkeit impliziert einen Anspruch auf Begründbarkeit.«[487] Der Sprecher verpflichtet sich implizit, auf Verlangen Gründe für seine Be-

---

der Frage, was *damit* gesagt ist, wenn jemand etwas behauptet. Zur Unterscheidung dessen, *was* gesagt ist, von dem, was *damit* gesagt wird vgl. *E. v. Savigny,* Analytische Philosophie (1970), S. 90; *ders.,* J.L. Austins Theorie der Sprechakte (1972), S. 8; *E. Braun,* Paradigmenwechsel in der Sprachphilosophie (1996), S. 41.

483 *J.R. Searle,* Speech Acts (1969), S. 22 ff. (23).

484 Immerhin hat *J.R. Searle,* Speech Acts (1969), S. 54 ff. (64 f.) zur Struktur illokutionärer Sprechakte die These aufgestellt, daß mit der Vornahme jedes illokutionären Aktes gleichzeitig *impliziert* wird, die 'vorbereitenden Bedingungen' (*preparationary conditions*) dieses Aktes bestünden – bei einer 'Behauptung' etwa die Bedingung, daß der Sprecher jederzeit eine Begründung nachtragen kann, bei einem 'Versprechen', daß der Versprechensempfänger ein Interesse am Versprochenen hat; bei einer 'Danksagung', daß das Empfangene dem Sprecher gefallen hat u.s.w.

485 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 135; vgl. dazu die These von den *preparationary conditions* bei *J.R. Searle,* Speech Acts (1969), S. 64 f.; im Ergebnis ebenso *W. Reese-Schäfer,* Das Begründungsprogramm Diskursethik (1990), . 17. Von diesem starken Begriff des Behauptens kann ein schwächerer Begriff im Sinne bloßer Emotionsäußerungen, Stellungnahmen oder unpersönlicher Äußerungen unterschieden werden, der keinerlei Richtigkeitsbehauptung einschließt. Wer angesichts eines Sonnenuntergangs spontan 'schön' sagt, ist unter Umständen weder gewillt noch in der Lage, dafür Gründe anzuführen. Er hat gleichwohl – in einem schwachen Sinne – eine Behauptung aufgestellt: 'Dieser Sonnenuntergang ist schön!' Solches schwache Behaupten soll hier weiter nicht interessieren. Für das hier dargelegte Argument genügt es, daß es überhaupt eine Klasse von Sprechakten gibt, die im starken Sinne ein Behaupten darstellt.

486 Vgl. dazu *K.-O. Apel,* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 22: »Unter letzterem [*dem transzendentalpragmatischen Selbstwiderspruch*] verstehe ich einen *performativen* Widerspruch zwischen dem *Inhalt einer Proposition* und dem *selbstbezüglichen* – impliziten oder performativ expliziten – *intentionalen Inhalt des Aktes des Vorbringens der Proposition* im Rahmen eines argumentativen Diskurses.« (Hervorhebungen bei *Apel*). Zu verschiedenen Verwendungsweisen des Begriffes 'performativer Selbstwiderspruch' vgl. *M. Kettner,* Ansatz zu einer Taxonomie performativer Selbstwidersprüche (1993), S. 187 ff.

487 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 136.

hauptung nachzuliefern[488]. Das schließt nicht aus, daß im Einzelfall – etwa aus Zeitnot – eine ausführliche Begründung unmöglich ist. Anspruch auf Begründbarkeit bedeutet auch nicht, daß immer durchschlagende Gründe für das Behauptete vorhanden sein müssen. Aber jedenfalls ist jedes Behaupten im starken Sinne, also ein solches, das Wahrheit oder Richtigkeit impliziert, gleichzeitig eine konkludente Bereiterklärung, unter normalen Umständen überhaupt Gründe für das Behauptete zu geben (Prima-facie-Pflicht zur Begründung[489]). Häufig wird das Behaupten im starken Sinn zusammen mit der Begründung, durch die der implizite Richtigkeitsanspruch eingelöst wird, zum Begriff des *Argumentierens* zusammengefaßt. Jede Diskurstheorie ist in diesem Sinne gleichzeitig Argumentationstheorie.

bb) Die Begründungspflicht

Nun ist es nicht gleichgültig, wie sich Sprecher und Behauptungsempfänger gegenübertreten. Denn wenn der Behauptungsempfänger seinen Anspruch auf Begründung einfordert, indem er auf das Behaupten die Frage 'Warum?' stellt, dann kann ein Sprecher nicht mit jeder beliebigen Antwort seiner implizit übernommenen Begründungspflicht genügen. Wahrheit oder Richtigkeit lassen sich nur darlegen, wenn *gute Gründe* angeführt werden[490]. Auch das unterscheidet ein Behaupten im starken Sinn von anderen (schwächeren) Begriffen des Behauptens[491].

Was aber sind gute Gründe? Es müssen nach dem Gang der hier verfolgten Argumentation solche sein, die eine Wahrheits- oder Richtigkeitsgewähr bieten. Denn sonst könnte der mit einem starken Behaupten implizierte Anspruch auf Wahrheit oder Richtigkeit nicht eingelöst werden. Sowohl die Wahrheit, also der Inbegriff des gelungenen Beweises einer dem Beweis zugänglichen Tatsache, als auch die Richtig-

---

488 Vgl. *J.R. Searle,* Speech Acts (1969), S. 65: »To put it generally, in the performance of any illocutionary act, the speaker implies that the preparatory conditions of the act are satisfied. Thus, for example, when I make a statement I imply that I can back it up«.

489 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 137.

490 Ausführlich zu Diskurs und guten Gründen *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 399 ff.

491 Nicht jedes Behaupten mit impliziter Begründungsbereitschaft stellt auch besondere Anforderungen an die Begründung. Es können Begriffe eines schwächeren Behauptens gebildet werden, bei denen der Sprecher zwar einerseits impliziert, daß er *irgendwelche* Gründe für seine Äußerung anzuführen gewillt ist, er aber andererseits nicht die Verpflichtung übernimmt, daß diese Gründe bestimmten *Anforderungen der Wahrheits- oder Richtigkeitsverbürgung* genügen. Die zwei wichtigsten Fallkonstellationen derart schwachen Behauptens mit unqualifizierter Begründung sind diejenige, bei der der Sprecher zwar gewillt, aber nach eigener Sicht nicht fähig ist, gute Gründe zu präsentieren, und diejenige, bei der er nach eigener Sicht zwar fähig, aber nicht gewillt ist, gute Gründe zu präsentieren. So beispielsweise in folgendem Dialog: 'Der Fisch schmeckt wundervoll! – Warum? – Er schmeckt einfach gut.' Hier ist der Feinschmecker durchaus bereit, einen guten Grund zu nennen, weiß aber, daß er wegen der Verschiedenheit der Geschmäcker einen Richtigkeitsanspruch nicht erheben kann: er ist nicht *fähig,* gute Gründe zu nennen. Umgekehrt in folgendem Dialog: 'Es ist besser für Sie, wenn Sie dieser Anordnung Folge leisten! – Warum? – Weil ich Sie sonst entlasse.' Hier mag der Arbeitgeber durchaus gute Gründe für seine Anordnung haben, vermeidet aber mit der Drohung, sich auf eine Diskussion einzulassen: er ist nicht *gewillt* gute Gründe zu nennen. Die im Zusammenhang mit solchen schwachen Behauptungen implizierten Begründungen umfassen nicht notwendig *gute Gründe*.

keit, verstanden als Inbegriff des gelungenen Begründens einer nicht dem Beweis zugänglichen Aussage, beanspruchen *kategorische Geltung.* Sie beziehen sich auf Eigenschaften, die unabhängig von Zeit und Raum den als wahr oder richtig erkannten Gegenständen zukommen müssen. Eine beweisbare Tatsache ist nur wahr, wenn sie immer und überall wahr ist; eine nicht beweisbare Aussage ist nur richtig, wenn sie immer und überall richtig ist[492].

Der kategorische Geltungsanspruch von Wahrheit und Richtigkeit führt zu schwer erfüllbaren Anforderungen an *gute* Gründe. Solche Gründe dürfen nicht von dem Kreis der Sprecher abhängen, in dem sie geäußert werden. Sie müssen Gründe für alle und jeden sein, unabhängig von unterschiedlichen Kenntnissen und Fähigkeiten der einzelnen Sprecher. Ein Grund ist also nicht schon dadurch ein guter Grund, daß er gerade ausreicht, den einzelnen Behauptungsempfänger zu überzeugen. Er wird auch nicht dadurch gut, daß er sich eine Zwangssituation zunutze macht, um als ausreichender Grund akzeptiert zu werden. Und er kann kein guter Grund sein, wenn er bei Anwesenheit und gleichberechtigter Gesprächsteilnahme von *kritischen* Behauptungsempfängern als nicht überzeugend entlarvt würde. Denn in allen diesen Fällen fehlt es an der zeitlichen und räumlichen Unbedingtheit der Geltung. Der Behauptungsempfänger kann klüger werden, die Situation kann ihre Zwanghaftigkeit verlieren oder die abwesenden oder zunächst nicht gleichberechtigten Kritiker können erscheinen und eine gleichberechtigte Teilnahme durchsetzen und schon ändert sich der Überzeugungserfolg eines Grundes, wenn es nicht von Anfang an ein *guter Grund* ist. Die so skizzierten Anforderungen an gute Gründe lassen sich wie folgt zusammenfassen: Gute Gründe verlangen erstens die Zwanglosigkeit der Argumentation. Sie verlangen zweitens, daß jeder an der Argumentation teilnehmen kann, ohne daß die Gründe ihre Überzeugungskraft verlieren. Sie verlangen drittens, daß eine Teilnahme an der Argumentation gleichberechtigt erfolgt.

cc) Der Einwand der Zirkularität

An dieser Stelle wird einigermaßen offensichtlich, daß die Anforderungen, die in der Argumentation einen *guten Grund* identifizieren, sich mit denjenigen Anforderungen decken, die oben bereits in etwas gründlicherer Differenzierung als Diskursregeln eingeführt wurden[493]. Deshalb setzt sich dieser Gedankenschritt dem Verdacht der Zirkularität aus. Wird mit den Diskursregeln gewissermaßen das Kaninchen aus dem Hut gezaubert, das in der Umschreibung eines guten Grundes vorher hineingesteckt wurde?

Der Einwand der Zirkularität läßt sich auf verschiedene Weise widerlegen, am einfachsten aber mit dem Argument, daß Zwanglosigkeit, Gleichberechtigung und Universalität der Teilnahme keine beliebig austauschbaren Kriterien sind, um einen Grund als 'guten' zu identifizieren. Den Ansatzpunkt des (nicht normativen, sondern analytischen) Arguments bietet das Begründungsziel, das mit dem guten Grund erreicht werden soll: die Darlegung von Wahrheit oder Richtigkeit. Deren katego-

---

[492] Die kategorische Geltung schließt nicht aus, daß Erkenntnisse revisibel sind, es also eine (nichtabsolute) Wahrheit oder Richtigkeit relativ zum jeweiligen Erkenntnisstand geben kann; zum relativen Begriff der Richtigkeit ausführlicher unten S. 291 ff. (Kritik am Richtigkeitsanspruch).

rische Geltung verlangt zeitlich-räumliche Unabhängigkeit. Warum soll, um mit dem ersten Kriterium zu beginnen, ausgerechnet Zwanglosigkeit ein Garant für zeitlich-räumliche Unabhängkeit sein? Es könnte ja auch die Zwanghaftigkeit den guten Grund identifizieren. Gute Gründe wären dann diejenigen, die der jeweils Stärkere in Ausnutzung seiner Machtstellung durchzusetzen weiß. Das Problem eines solchen Kriteriums liegt in seiner Unbestimmtheit. Macht – also die Fähigkeit, Zwang auszuüben, und dadurch die eigene Position auch gegen Widerstand durchzusetzen[494] – unterliegt zeitlich-räumlichem Wandel. Der Zwang kann also mal dem einen, mal dem anderen Grund zur Seite stehen. Zwanghaftigkeit ist folglich undefiniert. Demgegenüber ist der Zustand der Zwanglosigkeit stets definiert. Zwanglosigkeit unterliegt keinem räumlich-zeitlichen Wandel. Will man räumlich-zeitliche Unabhängigkeit sichern, wie dies für Wahrheit und Richtigkeit erforderlich ist, so kann darum nur auf die Zwanglosigkeit abgestellt werden. Entsprechend lassen sich die anderen Kriterien begründen. Eine personell beschränkte Teilnahme ist stets unbestimmt, denn sie könnte mal den einen, mal den anderen Personenkreis berücksichtigen; nur eine universelle Teilnahme, also eine Teilnahme aller, ist stets definiert. Eine Teilnahme mit unterschiedlichen Rechten ist stets unbestimmt, denn es könnte mal die eine, mal die andere Gruppe von Personen Sonderrechte erhalten; nur die gleichberechtigte Teilnahme ist stets definiert. Bereits mit diesem Argument kann begründet werden, warum ausgerechnet Zwanglosigkeit, Gleichberechtigung und Universalität der Teilnahme die Kriterien sein müssen, die in einer Argumentation die *guten Gründe* identifizieren.

dd) Die Letztbegründung als Variante

Im Rahmen des transzendentalen Arguments ist damit bisher nur die zweite Prämisse (*praemissa minor*) dargelegt: Wenn jemand etwas behauptet im Sinne eines starken Begriffs des Behauptens, so übernimmt er damit notwendig gleichzeitig die Prima-facie-Pflicht, das Behauptete auf Verlangen in einer Art und Weise zu begründen, die durch Zwanglosigkeit, Gleichberechtigung und Universalität der Teilnahme gekennzeichnet ist – er *argumentiert*. Wie aber ist die erste Prämisse des transzendentalen Arguments (*praemissa maior*) zu begründen, die besagt, daß Menschen notwendig etwas behaupten im Sinne eines starken Begriffs des Behauptens. Mit anderen Worten: Warum soll es überhaupt notwendig sein, daß Menschen argumentieren?

Die Frage hat in den verschiedenen Diskurstheorien unterschiedliche Antworten gefunden[495]. Je nachdem, ob von einer unbedingten und nur von einer bedingten Notwendigkeit dieser Prämisse im menschlichen Leben ausgegangen wird, enthält das transzendentale Argument einen Letztbegründungsanspruch oder verzichtet auf diesen. Die Letztbegründung ist folglich nur eine von mehreren Varianten des transzendentalen Arguments in Diskurstheorien.

---

493 Dazu unten S. 222 ff. (Diskursregeln).

494 Vgl. die Machtdefinition bei *M. Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. I, S. 28: »*Macht* bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.« (Hervorhebung bei *Weber*).

495 Dazu unten S. 233 ff. (einzelne Diskurstheorien).

ee) Ergebnisse

An dieser Stelle läßt sich das transzendentale Argument zusammenfassen: Es ist (bedingt oder unbedingt) für alle Menschen notwendig, daß sie gelegentlich etwas behaupten im Sinne eines starken Begriffs des Behauptens (*praemissa maior*). Wer etwas in diesem Sinne behauptet, erhebt damit einen Anspruch auf Wahrheit oder Richtigkeit und erklärt, diesen einlösen zu können. Die Einlösung muß notwendigerweise durch eine Argumentation erfolgen, die durch Zwanglosigkeit, Gleichberechtigung und Universalität der Teilnahme geprägt ist, also durch einen Diskurs unter Einhaltung der Diskursregeln (*praemissa minor*). Folglich gilt (*conclusio*): Jeder muß bereit sein, die Diskursregeln zur Verbürgung der Richtigkeit *in der Argumentation* zu akzeptieren.

d) Der Konsens und das Diskursprinzip (T_{Ko} D)

Mit der Begründung der Diskursregeln ist weder gesagt, daß Freiheit und Gleichheit allgemein *im Handeln* akzeptiert werden müßten, noch, daß jedes Handeln notwendig einer Richtigkeitskontrolle durch Diskurse unterliegt. Die Diskursregeln allein sagen noch nichts darüber aus, wie der Diskurs zur Begründung von Gerechtigkeit genutzt werden kann. Dazu sind weitere Überlegungen zu Konsens und Normbegründung erforderlich.

Als allgemeine Regel, wann eine Behauptung als diskursiv begründet angesehen werden kann, läßt sich vorläufig ein Theorem über den Konsens formulieren:

> T_{Ko}: Im Diskurs begründet ist eine Behauptung genau dann, wenn sie von allen Diskursteilnehmern als richtig beurteilt wird (Konsens).

Bezüglich der Brauchbarkeit eines solchen Theorems müssen von vornherein einige Vorbehalte berücksichtigt werden. Es ist nämlich gerade fraglich, wann – wenn überhaupt – der Diskurs mit dem Konsens ein Ergebnis erreichen kann. Diese Frage nach der Beendigung des Diskurses entzieht sich, wie bereits erwähnt[496], einer allgemeinen Beantwortbarkeit. Das gilt nicht nur für reale Diskurse, die zwangsläufig enden, ohne daß in ihnen bis zum Zeitablauf ein Konsens gesichert wäre. Es gilt auch für ideale Diskurse, die nie enden, bei denen die Möglichkeit eines Konsenses aber nicht beweisbar ist. Es kann keine Aussage darüber getroffen werden, ob und gegebenfalls wann in einem Diskurs ein Konsens der Beteiligten über den Gegenstand erreichbar ist. Schwieriger noch: Ein solcher Konsens könnte, würde er erreicht, nie als endgültig angesehen werden, denn auch die jederzeitige erneute Infragestellung muß als eine Konsequenz der Zwangsfreiheit angesehen werden. Diese Vorbehalte müssen hier zunächst zurückgestellt werden, weil die einzelnen Diskurstheorien jeweils eigenständige Lösungswege verfolgen[497].

---

[496] Vgl. oben S. 220 (diskursive Kontrolle und potentielle Unendlichkeit des Diskurses).
[497] Dazu unten S. 291 ff. (Kritik am Richtigkeitsanspruch in Diskurstheorien).

Eine gemeinsame Behauptung der Diskurstheorien liegt darin, daß ein notwendiger Zusammenhang zwischen der universellen Zustimmung unter idealisierten Bedingungen der Freiheit und Gleichheit und der Richtigkeit von Geltungsansprüchen der praktischen Philosophie, also von Handlungsnormen, besteht. Dieser notwendige Zusammenhang kann in einem Theorem ausgedrückt werden, das gemeinhin 'Diskursprinzip' genannt wird und in unterschiedlicher Formulierung jeder Spielart der Diskurstheorie zugrundeliegt. Es sei hier in der Formulierung von *Alexy* wiedergegeben:

> D: »Richtig und damit gültig sind genau die Normen, die in einem idealen Diskurs von jedem als richtig beurteilt werden würden.«[498]

Wie anspruchsvoll dieses Diskursprinzip ist, zeigt sich vor allem an einem Element der Diskursregeln: an der Herrschaftsfreiheit des Diskurses. Denn Herrschaftsfreiheit in Verbindung mit dem Diskursprinzip führt dazu, daß bei jedem Ergebnis, das auf der Ausübung von Zwang innerhalb oder außerhalb des Diskurses beruht, die Richtigkeit *nicht begründet* werden kann. Es gibt nach der diskurstheoretischem Verständnis *keine* anerkennungswürdige Begründung außer derjenigen, die in einem herrschaftsfreien Diskurs bestehen könnte. Das ist um so erstaunlicher, als Herrschaftsfreiheit im Sinne der Diskurstheorie in der Realität nirgends vorzufinden ist. Kommunikation ist regelmäßig von sozialen Unterschieden beeinflußt, die Kommunikationsteilnehmer sind unentrinnbar in ihren jeweiligen Rollen befangen, sie finden sich in Situationen der Verhandlung (*bargaining*), nicht der Verständigung (*arguing*), werden an freier und gleicher Teilhabe teils aus Absicht, teils aus faktischer Ungleichheit gehindert. Selbst wenn es einmal das Ziel aller sein sollte, die herrschaftsfreie Teilhabe zu sichern, so bleiben zumindest äußere Sachzwänge: es besteht Entscheidungs- oder Handlungsdruck, jedenfalls aber nicht die Möglichkeit, einen gefundenen Konsens, sofern er eintritt, jederzeit wieder in Frage zu stellen. Denn solche Bindungslosigkeit würde die reale Verwertbarkeit von Diskursergebnissen grundlegend in Frage stellen. Es kann sie darum nur in akademischen Ausnahmesitutationen eines Diskurses als Selbstzweck geben. Angesichts der *geradezu 'diskursfeindlichen' Rahmenbedingungen der sozialen Realität* ist ein bloßer Hinweis darauf, daß die Bedeutung des Diskurses als Mittel der Richtigkeitsfindung sich schon aus der faktischen Teilnahme der Individuen schließen ließe, nicht ausreichend[499]. Es bedarf einer grundlegenderen Begründung dafür, daß der Diskurs – und nur der Diskurs – das geeignete Mittel zur Begründung von Handlungsnormen als richtig und damit gültig ist.

---

[498] *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 131. Fast inhaltsgleich die Formulierung bei *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 138: »Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können.« Ähnlich auch *W. Reese-Schäfer,* Das Begründungsprogramm Diskursethik (1990), S. 25: »Gerecht ist das, was in einem freien und gleichen Diskurs aller möglicherweise Betroffenen akzeptiert werden konnte.« Dem entspricht die Auffassung *Perelmans*, daß derjenige, der ein universales Autitorium überzeugen will, nur solche Normen vorschlagen darf, die jedermann akzeptieren kann; *C. Perelman,* Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit (1965), S. 153.

[499] So aber *C.S. Nino,* The Ethics of Human Rights (1991), S. 112 ff.

e) *Die Argumentation als Gegensatz zur Verhandlung (arguing vs. bargaining)*

Ein besonderes Charakteristikum der Diskurstheorien ist ihre gemeinsame Frontenstellung gegenüber Theorien rationalen Entscheidens. Als einzige Gemeinsamkeit weisen die beiden Theoriegruppen ihre Zugehörigkeit zu den *prozeduralen* Theorien auf[500]. Abgesehen davon unterscheiden sie sich in fast jeder Hinsicht. Am wichtigsten sind die Dichotomien der Erfolgs- versus Verständigungsorientierung und des strategischen versus nichtstrategischen Handelns.

Die Grundhaltung der Aktoren in praktischen Diskursen ist nicht erfolgsorientiert, sie ist verständigungsorientiert[501]. Während das Instrument der *Verhandlung* bloß die gemeinsame *Willensbildung,* also eine tatsächliche Opportunitätsentscheidung, erstrebt, richtet sich die *Argumentation* auf gemeinsame *Urteilsbildung,* also eine praktische Richtigkeitsentscheidung[502]. Entsprechend erfolgt die durch Kooperation ausgelöste gesellschaftliche Integration *intentional* (als Audruck einer gemeinsamen Absicht) und nicht bloß *objektiv* (als bloßer Nebeneffekt der Einigung) wie bei rationalem, interessenoptimierendem Entscheidungsverhalten und – besonders deutlich – bei allen Marktmechanismen[503]. Der grundlegende Unterschied besteht zwischen dem Argumentieren (*arguing*) einerseits und dem Verhandeln (*bargaining*) andererseits[504]. Das diskursfremde Zwangselement wird bei Theorien rationalen Entscheidens darin unmittelbar deutlich, daß sie eine stärkere Verhandlungsmacht oder ein größeres Drohpotential in die Entscheidung einbeziehen. Selbst der von *Lucas* und *Gauthier* gewählte Ausgangspunkt einer schlichten Nichtkooperation ohne Drohung enthält diskursantagonistische Elemente. Auch diese Theorie geht von einem erfolgsorientierten, weil interessengeleiteten und nutzenmaximierenden Handeln der Beteiligten als Teilnehmer einer Verhandlung (*individual rational bargainers*) statt als Teilnehmer eines Diskurses aus[505].

Diskurstheorien gehen außerdem von einem *nichtstrategischen* Handeln der Beteiligten aus. 'Strategisch' ist ein Handeln, mit dem ein Handelnder (teleologisch) ein Ziel verfolgt und dabei die Entscheidungen mindestens eines weiteren zielgerichtet Handelnden in sein Erfolgskalkül einbezieht[506]. Theorien rationalen Entscheidens entwickeln für das strategische Handeln (pragmatische) Zweck-Mittel- oder Präferenz-Möglichkeits-Modelle praktischer Rationalität[507]. Das kommunikative Handeln in Diskursen ist demgegenüber nichtstrategisch, weil es sich nicht am Erfolg des

---

500 Dazu oben S. 132 ff. (prozedurale Gerechtigkeitstheorien).

501 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 44. Der Unterschied zwischen Erfolgs- und Verständigungsorientierung zeigt sich bis hin zur diskursiven Interpretation gesetzgeberischen Selbstverständnisses. Vgl. dazu *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 50.

502 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 407.

503 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 58 f. mit Hinweis auf *Adam Smiths* Konzept der 'unsichtbaren Hand'. Treffend darum der Titel des von *L. Kern/H.-P. Müller* herausgegebenen Werkes 'Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt?'.

504 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 205.

505 *D. Gauthier,* Bargaining and Justice (1985), S. 206.

506 *J. Habermas,* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1 (1981), S. 127.

507 *J.C. Harsanyi,* Advances in Understanding Rational Behavior, S. 90 ff. – 'means-ends concept of rational behavior' bzw. 'preferences-opportunities model'.

Handelnden, sondern an der Richtigkeit des Handelns orientiert[508]. Strategisches versus nichtstrategisches Handeln bildet damit ein signifikantes Kriterium zur Abgrenzung zwischen realen Diskursen und realen Situationen rationaler Entscheidung[509]. Die Beschreibung der handlungsleitenden Motive beteiligter Aktoren trägt gleichzeitig zur Abgrenzung zwischen den Theorien bei. Dies hat Auswirkungen auf die Skalierbarkeitsthese[510]: Schon wegen der grundlegend unterschiedlichen Aussage darüber, welche Art realen oder hypothetischen Verhaltens praktische Vernunft konstituiert, können Theorien rationalen Entscheidens nicht mit Diskurstheorien in ein Entsprechungsverhältnis gebracht werden. Ihre unterschiedlichen Konzeptionen praktischer Vernunft schließen sich wechselseitig aus; sie sind über das Spektrum der Anwendungsbereiche von Gerechtigkeitsurteilen hinweg *inkompatibel.*

f) Ergebnisse

Die Diskurstheorien enthalten eine prozedurale Konzeption der praktischen Vernunft und gehören damit zu den prozeduralen Gerechtigkeitstheorien. Sie unterscheiden zwischen idealen und realen Diskursen. Ideal ist nur ein Diskurs, in dem alle Diskursregeln eingehalten werden, was real allenfalls näherungsweise zu verwirklichen ist. Die Diskursregeln lassen sich in einer Präsuppositionsanalyse der Kommunikation begründen, insbesondere in der Form des tranzendentalen Arguments. Normen, also auch Gerechtigkeitsnormen, sind nach diskurstheoretischem Verständnis begründet, wenn in einem idealen Diskurs ein Konsens über sie hergestellt werden könnte (Konsenstheorie). Die auf gemeinsame Urteilsbildung und Konsens abstellende 'Argumentation' im Diskurs unterscheidet sich deshalb grundlegend von der auf gemeinsame Willensbildung zielenden 'Verhandlung'; kommunikatives Handeln ist nichtstrategisch.

2. Theorie der Transzendentalpragmatik (K.-O. Apel)

a) Die transzendentalpragmatische Letztbegründung

Der Richtigkeitsanspruch der Diskursethik, der in T_D seinen Ausdruck findet, wird unterschiedlich begründet. *Apel* wählt eine an *Kant* angelehnte transzendentalpragmatische Begründung. Diese hat bei ihm gleichzeitig den Status einer Letztbegründung[511]. Nach der Natur des Menschen müsse eine Argumentationsverweigerung in Selbstzerstörung oder Schizophrenie münden[512].

---

508 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 38, 44.

509 Dazu unten S. 347 ff. (Diskursivität der Politik).

510 Dazu oben S. 111 (Skalierbarkeitsthese).

511 *K.-O. Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2 (1973), S. 222: »In einer modernen Transzendentalphilosophie geht es m.E. primär um die Reflexion auf den Sinn ... des Argumentierens überhaupt. Dies allerdings ist für den, der argumentiert ... offenbar das *Letzte, Nichthintergehbare.*« (Hervorhebung bei *Apel*). Bestätigung des Letztbegründungsanspruchs etwa bei *K.-O. Apel*, Postkantischer Standpunkt der Moralität (1986), S. 223.

512 *K.-O. Apel*, Transformation der Philosophie, Bd. 2 (1973), S. 414 mit Fn. 87 – die Möglichkeit des Selbstverständnisses und der Selbstidentifikation gehe in einem Maße verloren, das den Tatbe-

Die transzendentalpragmatische Begründung besteht darin zu zeigen, daß die Diskursregeln zu den notwendigen Voraussetzungen jeder Kommunikation gehören. Transzendental ist ein solches Argument, weil es nach den Bedingungen der Möglichkeit fragt (Präsuppositionsanalyse[513]). In sprachpragmatischer Fassung formuliert *Apel:* »Wer argumentiert, der anerkennt implizit alle möglichen *Ansprüche* aller Mitglieder der Kommunikationsgemeinschaft, die durch vernünftige Argumente gerechtfertigt werden können ... und er verpflichtet sich zugleich, alle eigenen Ansprüche an andere durch Argumente zu rechtfertigen.«[514] Diese 'Grundnorm' soll unabhängig davon gelten, ob die Mitglieder der Kommunikationsgemeinschaft sie im Einzelfall faktisch anerkennen[515]. Es gilt ein Apriori sowohl der realen wie der idealen Kommunikationsgemeinschaft[516], wobei die ideale Kommunikationsgemeinschaft zum regulativen Prinzip jeder ethisch-normativen Begründung von Werturteilen gerät[517]. Die Anerkennung der Kommunikationsgemeinschaft, die durch die Diskursregeln konkretisiert wird, ist danach eine notwendige Voraussetzung dafür, überhaupt zu argumentieren. Wer also argumentiert, dabei aber die Gültigkeit der Diskursregeln bestreitet, begeht einen *performativen Selbstwiderspruch:* Sein Handeln ist mit dem *durch* das Handeln implizit Gesagten logisch nicht vereinbar[518]. Die Diskursregeln werden dadurch zu denjenigen in Freiheit anerkannten *formal-prozeduralen* Normen, welche in der Ethik implizit enthalten sind (Normen erster Stufe); sie sind von den durch praktische Diskurse erst noch zu begründenden *materialen* (situationsbezogenen) Normen zu unterscheiden (Normen zweiter Stufe)[519].

---

stand (klinisch-empirisch belegbarer) Psychopathologie erfülle. Aussagen über die psychopathologischen Folgen einer Argumentationsverweigerung bilden allerdings selbst wieder empirische Annahmen, die bestritten werden können, also keine Letztbegründung stützen; *G. Patzig,* 'Principium diiudicationis' und 'Principium executionis' (1986), S. 213.

513 Dazu oben S. 225 (transzendentales Argument).

514 *K.-O. Apel,* Transformation der Philosophie, Bd. 2 (1973), S. 424 f.

515 *K.-O. Apel,* Transformation der Philosophie, Bd. 2 (1973), S. 426.

516 *K.-O. Apel,* Transformation der Philosophie, Bd. 2 (1973), S. 429: »Wer nämlich argumentiert, der setzt immer schon zwei Dinge gleichzeitig voraus: Erstens eine *reale Kommunikationsgemeinschaft,* deren Mitglied er selbst durch einen Sozialisationsprozeß geworden ist, und zweitens eine *ideale Kommunikationsgemeinschaft,* die prinzipiell imstande sein würde, den Sinn seiner Argumente adäquat zu verstehen und ihre Wahrheit definitiv zu beurteilen.«

517 *K.-O. Apel,* Transformation der Philosophie, Bd. 2 (1973), S. 434.

518 Vgl. *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 54. Inhaltsgleich die Definition bei *K.-O. Apel,* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 22: »Unter letzterem [*transzendentalpragmatischen Selbstwiderspruch*] verstehe ich einen *performativen* Widerspruch zwischen dem *Inhalt einer Proposition* und dem *selbstbezüglichen* – impliziten oder performativ expliziten – *intentionalen Inhalt des Aktes des Vorbringens der Proposition* im Rahmen eines argumentativen Diskurses.« (Hervorhebungen bei *Apel*).

519 Zu dieser *Zweistufigkeit* der Diskursethik, bei der zwischen formal-prozeduraler Letztbegründung und konsensual-kommunikativer Begründung der inhaltlichen Normen unterschieden wird: *K.-O. Apel,* Diskurs und Verantwortung (1988), S. 120; *ders.,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 55.

b) Das Handlungsprinzip (U^h)

In 'Teil A'[520] der Begründung seiner Diskurstheorie formuliert *Apel* in Anknüpfung an das von *Habermas* rein formal bestimmte Universalisierungsprinzip[521] eine dem kategorischen Imperativ von *Kant* ähnliche Handlungsmaxime:

> U^h: »Handle nur nach einer Maxime, von der du, aufgrund realer Verständigung mit den Betroffenen bzw. ihren Anwälten oder – ersatzweise – aufgrund eines entsprechenden Gedankenexperiments, unterstellen kannst, daß die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus ihrer allgemeinen Befolgung für die Befriedigung der Interessen jedes einzelnen Betroffenen voraussichtlich ergeben, in einem realen Diskurs von allen Betroffenen zwanglos akzeptiert werden können.«[522]

Dieses Universalisierungsprinzip kann gemäß *Apel* durch reflexiven Rückgang auf das, was im ernsthaften Argumentieren notwendigerweise anerkannt wird (Präsuppositionsanalyse), gewonnen werden[523]. Als allgemeines Handlungsprinzip enthält U^h gleichzeitig ein Theorem über die praktische Richtigkeit und damit ein Kriterium für die Gültigkeit von Handlungsnormen: Eine Norm ist genau dann gültig, wenn ihre Wirkungen von allen Betroffenen in einem Diskurs zwanglos akzeptiert werden könnten[524]. Obwohl *Apel* von einem 'realen Diskurs' spricht, ist dem Inhalt nach ein Diskurs unter idealen Bedingungen gemeint[525]. Dies zeigt sich sowohl in der Gestaltung als hypothetischer Diskurs ('Gedankenexperiment', 'wenn er ... geführt werden könnte') als auch im tatsächlich nie vollständig realisierbaren Element der Zwanglosigkeit. In späteren Formulierungen hat *Apel* dem gemeinten Diskurs zudem die reale Verständigung mit den Betroffenen gegenübergestellt[526] und schließlich einer Vereinfachung zugestimmt:

---

520 Vgl. zur Einteilung *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 60 f.: »*Teil A* behandelt die Begründung des idealen prozeduralen Prinzips der Lösung aller moralisch-normativen Probleme im Sinne der diskursiven (d.h. rein argumentativen und nichtstrategischen, sondern gewaltfreien) Konsensbildung.« (Hervorhebung bei *Apel*).

521 Dazu sogleich S. 239 (universalpragmatische Begründung).

522 *K.-O. Apel,* Diskurs und Verantwortung (1988), S. 123.

523 *K.-O. Apel,* Postkantischer Standpunkt der Moralität (1986), S. 247 f.

524 Vgl. *K.-O. Apel,* Postkantischer Standpunkt der Moralität (1986), S. 238. Diese Gültigkeitsregel ist nach *Apel* auch nicht durch die kulturabhängigen, kontextgebundenen Normen der Theorien der aristotelischen Grundposition, also insbesondere des Kommunitarismus, hintergehbar (vgl. ebd., S. 238, 251 ff.), noch könne sie durch strategisches Handeln im Sinne der hobbesianischen Grundposition vollständig ausgefüllt werden (vgl. ebd., S. 248).

525 Ebenso *T. Bausch,* Ungleichheit und Gerechtigkeit (1993), S. 152.

526 *K.-O. Apel,* Postkantischer Standpunkt der Moralität (1986), S. 231.

$U^{h'}$: »Handle (stets) so, als ob du Mitglied einer idealen Kommunikationsgemeinschaft wärest!«[527]

c) *Das Ergänzungsprinzip (E)*

In 'Teil B' der Begründung seiner Diskurstheorie rekurriert *Apel* auf ein Ergänzungsprinzip, das die Brücke von einer kantischen Prinzipienethik, die im *Weberschen* Sinne reine (folgenneutrale) Gesinnungsethik sei[528], hin zu einer (folgensensiblen) Verantwortungsethik bilden soll[529]. Bei diesem Begründungsteil geht es um die Bewältigung des Problems, daß »die ideale Kommunikationsgemeinschaft, auf die das Universalisierungsprinzip der Diskursethik kontrafaktisch bezogen ist, in der Wirklichkeit immer noch erst zu realisieren ist.«[530] Insoweit spricht *Apel* von einer *prinzipiellen Differenz* (D) zwischen der menschlichen Interaktion in handlungsentlasteten Diskursen, also solchen, die weitgehend frei von Zwängen sind[531], und den lebensweltlichen Interessenkonflikten[532]. *Apel* führt als Beispiel die internationale Politik an, in der nach wie vor ein rechtliches Sanktionssystem zur Konfliktbeilegung fehlt: Würde man hier, etwa in Abrüstungsverhandlungen, das Schicksal der Welt einem 'moralischen Politiker' im Sinne *Kants* anvertrauen, so käme das der Selbstaufgabe im Namen der Gerechtigkeit gleich (*fiat justitia, pereat mundus*)[533]. Eine bloße Prinzipien-Moralität ist den Betroffenen im wirklichen Leben deshalb weder zumutbar, noch würde sie genügen, um der politischen Verantwortung gerecht zu werden[534]. Vielmehr muß ein Ergänzungsprinzip die Verantwortungsethik dadurch formulieren, daß es die (wenn auch niemals vollständige, so doch progressive) Realisierung der (kommunikativen) Rahmen-Bedingungen eines gleichberechtigten und gleichverantwortlichen Miteinanders fördert[535].

E: »Erstens muß es in allem Tun und Lassen darum gehen, das *Überleben* der menschlichen Gattung als der *realen* Kommunikationsgemeinschaft sicherzustellen, zweitens darum, in der realen die *ideale* Kommunikationsgemeinschaft zu verwirklichen. Das erste Ziel ist die

---

[527] Die Formulierung stammt ursprünglich von *Annemarie Pieper* und wurde von *Apel* übernommen; *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 36.

[528] Dieser These *Apels* von der Folgenneutralität der Gesinnungsethik widersprechen allerdings *Webers* Ausführungen zur Gesinnung als unter Umständen rechtsnormativ Gebotenem; *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. I, S. 191.

[529] *K.-O. Apel*, Postkantischer Standpunkt der Moralität (1986), S. 246 ff.; *ders.*, Diskurs und Verantwortung (1988), S. 270 ff.; *ders.*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 34 f.

[530] *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 36 f.

[531] Dazu oben S. 220 (handlungsentlastete Diskurse).

[532] *K.-O. Apel*, Diskurs und Verantwortung (1988), S. 144.

[533] *K.-O. Apel*, Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 40.

[534] *K.-O. Apel*, Diskurs und Verantwortung (1988), S. 144; *ders.*, Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 40.

[535] *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 37.

> notwendige Bedingung des zweiten Ziels; und das zweite Ziel gibt dem ersten seinen Sinn, – den Sinn, der mit jedem Argument schon antizipiert ist.«[536]

Das Konsenspostulat des idealen Universalisierungsprinzips U^h wird dadurch nicht außer Kraft gesetzt, sondern ergänzt[537]. Die Diskursethik kann ohne diese Ergänzung nicht die Funktion einer politischen Verantwortungsethik übernehmen[538]. Letztlich bleibt aber das Universalisierungsprinzip U^h bei *Apel* gleich zweifach regierend: Erstens soll über die Zulässigkeit (eines begrenzten Gebrauchs) von strategischer Rationalität selbst wieder ein Konsens der Betroffenen hergestellt werden können. Und zweitens müsse das langfristige Ziel immer die Annäherung der realen Bedingungen an die regulative Idee der idealen Kommunikationsgemeinschaft bleiben, so wie die weltbürgerliche Ordnung in *Kants* Abhandlung 'Zum ewigen Frieden' immer noch eine regulative Idee der internationalen Politik sei[539].

Was kann *Apel* mit dem Ergänzungsprinzip E zeigen? Er erklärt einen Widerspruch, der scheinbar zwischen dem Universalitätsprinzip U^h und den Vorstellungen über richtiges Handeln im Gemeinwesen besteht: Während in der idealen Kommunikationsgemeinschaft eine ergebnisoffene Diskussion gefordert wird, in der die Beteiligten die Argumente aller anderen ernst nehmen, ist das reale politische Leben vom strategischen Kampf um die Verwirklichung einer bestimmten (individuellen oder kollektiven) Konzeption des Guten gekennzeichnet[540]. Selbst wenn diese strategische Kommunikation ganz offen geschieht, etwa bei politischen Verhandlungen, ändert das nichts daran, daß der Grund der Einigung in opportunistischen Interessen statt in der Rechtfertigung von Geltungsansprüchen liegt[541]. Das Ergänzungsprinzip E zeigt, warum es dennoch auch aus Sicht des (verantwortungsethisch interpretierten) Universalitätsprinzips U^h *richtig* sein kann, strategisch die eigenen politischen Ziele zu verfolgen. *Apel* weist diese Einsicht neuerdings einem 'Teil B^{2}' seines Begründungsprogramms zu; dabei gehe es um »die moralische (spezifisch verantwortungsethische) Vermittlung von *Moralität* im engeren Sinn (im Sinne von Teil A) mit *strategischem* Handeln im weitesten Sinne dessen, was wir verantwortliche Politik nennen können.«[542] Ganz entsprechend läßt sich dies für das strategische Handeln in der Wirtschaft zeigen[543].

---

536 Die Formulierung dieses Doppelprinzips stammt aus *K.-O. Apel,* Transformation der Philosophie, Bd. 2 (1973), S. 431. *Apel* nennt sie dort »*zwei grundlegende regulative Prinzipien* für die langfristige moralische Handlungsstrategie jedes Menschen« (Hervorhebungen bei *Apel*). Zum Status dieses Doppelprinzips als eines Ergänzungsprinzips (E) der Verantwortungsethik siehe *ders.,* Diskurs und Verantwortung (1988), S. 144 ff.

537 *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 60; *ders.,* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 25: Die Rationalität menschlicher Kommunikation läßt sich nicht auf strategische Rationalität reduzieren.

538 *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 56.

539 *K.-O. Apel,* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 40 f.

540 Dazu unten S. 348 (strategischer Charakter der Politik).

541 *K.-O. Apel,* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 31.

542 *K.-O. Apel,* Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 61.

543 Vgl. *K.-O. Apel,* Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität (1996), S. 31, 40 f.

d) *Die Legitimation der rechtlichen Zwangsbefugnisse*

In jüngerer Zeit hat *Apel* seine Theorie der Verantwortungsethik weiter verfeinert. Ein 'Teil B^1' der Begründung seiner Diskurstheorie »behandelt die moralische Begründung (bzw. Legitimation) der Zwangsbefugnisse des Rechtsstaats und insofern der auch auf Zwang beruhenden Geltung rechtlicher Normen.«[544] Das Recht verortet *Apel* dabei »zwischen Moral und Politik«[545]. Für die Begründung von Rechtsnormen stellt sich die Frage, ob man die *Zwangsordnung* der staatlich monopolisierten Gewalt durch ein Handlungsprinzip U^h begründen kann, obwohl dieses selbst gerade die *Zwanglosigkeit* in einem herschaftsfreien Diskurs fordere[546]. Wie bereits beim Ergänzungsprinzip E sagt *Apel* auch hier, daß der Unterschied zwischen realen Bedingungen und idealer Kommunikationsgemeinschaft es moralisch gebieten könne, »*Strategiekonterstrategien* bzw. *Anti-Gewalt-Gewaltausübung* zu praktizieren«[547]. Eigentlich verpflichtet das Universalisierungsprinzip U^h zwar alle Diskursteilnehmer zu einer *strategiefreien* Konsensbildung, also insbesondere einer solchen, die herrschaftsfrei ohne Ausnutzung realer Machtvorteile durch Gewaltanwendung oder Drohung erfolgt. Wenn aber die realen Bedingungen von den idealen Bedingungen eines Diskurses noch so weit entfernt sind, daß eine Strategie- und Gewaltfreiheit nicht zumutbar und nicht verantwortbar erscheint, dann und solange dürfen (ausnahmsweise) Zwangsmittel eingesetzt werden, um die diskursverzerrende Gewalt zurückzudrängen. Es ist deshalb nach *Apel* nur scheinbar paradox, wenn die Diskursethik für die Begründung des *Zwangs* in der Geltung *rechtlicher* Normen herangezogen wird, denn es gehe lediglich um »Konsensbildung mit strategiekonterstrategischem Zwang«: Das Gewaltmonopol eines Rechtsstaates ermögliche erst, daß die einzelnen Bürger es sich weitgehend ohne Risiko leisten können, moralisch zu handeln[548].

3. *Theorie der diskursiven Rekonstruktion des Rechts (J. Habermas)*

Die Diskurstheorien von *Habermas* und *Apel* sind zeitlich und inhaltlich weitgehend parallel entwickelt worden. *Habermas* hat seine Diskursethik indes universal- statt transzendentalpragmatisch begründet. Außerdem entwickelte er sie zu einer diskurstheoretischen Begründung eines Systems der Rechte weiter[549] und erläutert mit ihr ein prozedurales Paradigma im Recht[550]. Eine Rekonstruktion des Rechts aus diskurstheoretischer Sicht bedeutet die Anwendung prozeduraler Rationalität bei der

---

544 *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 61.

545 *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 37.

546 Zur Frage ausführlich *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 40 ff.

547 *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 57. (Hervorhebungen bei *Apel*).

548 *K.-O. Apel*, Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik (1992), S. 57 f.

549 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 151 ff.

550 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 468 ff., 493 ff., 516 ff.; dazu unten S. 245 ff. (prozedurales Rechtsparadigma).

Begründung sozialer Ordnung und ist damit – obwohl von *Habermas* selbst nicht ausdrücklich so bezeichnet – eine prozedurale Gerechtigkeitstheorie[551].

a) Die universalpragmatische Begründung (U)

Habermas formulierte das Universalisierungsprinzip U, das zu einer Vorlage für das Prinzip U^h bei *Apel* wurde:

> U: »Jede gültige Norm muß der Bedingung genügen, daß die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus ihrer *allgemeinen* Befolgung für die Befriedigung der Interessen *jedes* einzelnen voraussichtlich ergeben, von allen Betroffenen zwanglos akzeptiert werden können.«[552]

In der Begründung von U lehnt *Habermas* die transzendentalpragmatische Letztbegründung von *Apel* ab: Eine Letztbegründung sei weder möglich noch nötig[553]. Bei seiner universal- bzw. formalpragmatisch genannten Begründung geht es ihm allein um die tatsächliche Alternativlosigkeit der die Argumentationspraxis begründenden Regeln[554]. *Habermas* rekonstruiert universale Sprechaktvoraussetzungen als Grundbedingungen praktischer Diskurse. Trotz des Verzichts auf Letztbegründung bleibt die Begründung 'universell' in dem Sinne, daß die in U ausgedrückte Normbegründungsregel *unausweichlich* ist: Wer überhaupt über richtiges Handeln argumentieren will, der muß sich auf die anspruchsvollen Voraussetzungen des praktischen Diskurses einlassen; eine Alternative gibt es nicht[555]. Die Begründung gilt daher – vorbehaltlich der grundlegenden Änderung der menschlichen Lebensform (und Sprachkonvention[556]) – für alle sprach- und handlungsfähigen Subjekte, d.h. die Menschen, so wie wir sie gegenwärtig kennen.

b) Das Paradoxon der Legitimation durch Legalität (D_H)

Die Übertragung von Ergebnissen der Diskursethik auf das Recht stößt laut *Habermas* auf das zentrale Problem, daß das Recht für politische Direktion instrumentalisiert

---

[551] Zur Definition oben S. 132 (D_4). Weitere Indikatoren für den Charakter des Werks als prozedurale Gerechtigkeitstheorie sind der Umstand, daß *Habermas* das erste Gerechtigkeitsprinzip aus Rawls Theorie der Gerechtigkeit heranzieht, um die Idee der Gleichheit zu demonstrieren; *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 110. Er stellt ausdrücklich die Beziehung zwischen diskurstheoretisch rekonstruiertem Recht und Gerechtigkeit her: »Diese Rekonstruktion zeigt jedoch auch, daß das Recht nur solange legitimierende Kraft behält, wie es als eine Ressource von Gerechtigkeit fungieren kann.« – ebd., S. 180.

[552] *J. Habermas*, Über Moralität und Sittlichkeit (1984), S. 219; ebenso bereits *ders.*, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln (1983), S. 103.

[553] *J. Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 185 ff. (195).

[554] So schon *J. Habermas*, Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln (1983), S. 105.

[555] *J. Habermas*, Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 194.

[556] Vgl. *R. Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 74 – Lebensform und Sprachspiel.

ist, diese Politik sich aber gerade an Interessendurchsetzung statt an moralischer Richtigkeit orientiert und so dem Medium 'Recht' die Legitimation entzieht[557]. Legitimation durch Legalität sei ein Paradoxon, das nicht gelöst werden könne, außer wenn bestimmte Rechte, d.h. solche, die die politische Autonomie der Bürger schützen, als (prozedurale) Generatoren von Legitimation angesehen würden[558]. Um das Paradoxon zu überwinden, überträgt *Habermas* sein Diskursprinzip auf die Form des Rechts. Er will durch ein Zusammenwirken von Diskursprinzip und Rechtsform das Prinzip der Demokratie begründen[559], das selbst wiederum rechtserzeugend wirkt – ein zirkulärer Prozess für die Begründung von Recht[560] oder, in *Habermas* Worten: ein »selbstbezüglicher Akt der rechtlichen Institutionalisierung staatsbürgerlicher Autonomie«[561]. Das Diskursprinzip formuliert *Habermas* deshalb offen für rechtliche wie moralische Gültigkeit von Normen:

D_H: »Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.«[562]

---

557 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 528: »Als zentrales Problem gilt jene Instrumentalisierung des Rechts für Zwecke der politischen Steuerung, die die Struktur des Rechtsmediums überfordert und die Bindung der Politik an die Verwirklichung unverfügbarer Rechte auflöst.«

558 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 110 f. *Habermas* verbindet dies mit der Idee des Selbstregierens, wenn jeder Adressat des Rechts gleichzeitig auch Autor des Rechts sein kann; ebd., S. 153.

559 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 154.

560 'Zirkulär' ist hier nicht im Sinne eines logischen Zirkels, also einer *petitio prinzipii,* sondern im Sinne eines hermeneutischen Zirkels gemeint. Es bewegt sich in ihm nicht beliebige Erkenntnis im Kreis, sondern der Zirkel drückt eine existentiale Vorstruktur des Daseins aus; vgl. *M. Heidegger,* Sein und Zeit (1927), S. 152: »Strukturen des Daseins, die mit dem In-der-Welt-sein gleich ursprünglich sind: das *Mitsein* und das *Mitdasein*« (Hervorhebungen bei *Heidegger*). So erklärt sich, daß *Habermas* von einer 'gleichursprünglichen' Begründung des Rechts und der Methode seiner Erzeugung sprechen kann, ohne eine *petitio prinzipii* zu konstruieren. Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 154 f.: »Die logische Genese dieser Rechte bildet einen Kreisprozeß, in dem sich der Kode des Rechts und der Mechanismus für die Erzeugung des Rechts, also das Demokratieprinzip, gleichursprünglich konstituieren.« Indem er sich auf die Vorstruktur des Verstehens bei *Heidegger* bezieht, rekonstruiert *Habermas* mit seinem 'Kreisprozeß' lediglich einen Sonderfall des hermeneutischen Zirkels, freilich ohne sich insoweit auf die maßgeblichen Passagen bei *Gadamer* zu berufen, die *Heideggers* Ansatz erst methodisch fruchtbar gemacht haben; vgl. dazu *H.-G. Gadamer,* Wahrheit und Methode (1960), S. 250 ff. – ausdrückliche Bezugnahme auf *Heidegger,* insbesondere S. 277: »Der Zirkel des Verstehens ist also überhaupt nicht ein 'methodischer' Zirkel, sondern beschreibt ein ontologisches Strukturmoment des Verstehens.« Zu grundlegenden Unterschieden zwischen der Epistemologie *Habermas'* und derjenigen *Gadamers* vgl. die Auseinandersetzung: *H.-G. Gadamer,* Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik (1967), S. 68 ff. (Aneignung von Traditionen); *J. Habermas,* Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik (1970), S. 133 ff. (Grenze hermeneutischen Verstehens); *ders.,* Zu Gadamers 'Wahrheit und Methode' (1971), S. 47 ff. (gegen Rehabilitation von Tradition und Vorurteil); *H.-G. Gadamer,* Replik (1971), S. 287 ff. (kritische Reflexion durch philosophische Hermeneutik).

561 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 166.

562 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 138. Gegenüber der früheren Formulierungen von D_H, etwa in *J. Habermas,* Über Moralität und Sittlichkeit (1984), S. 219 (»Jede gültige Norm müßte die Zustimmung aller Betroffenen, wenn diese nur an einem praktischen Diskurs teilnehmen

c) *Die Gerechtigkeitsprinzipien in Rechtsform*

Gesucht ist nach einem System der Rechte, das die Gültigkeitsregel von D_H erfüllen kann. Ein solches System muß nach *Habermas* »genau die Grundrechte enthalten, die sich Bürger gegenseitig einräumen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen.«[563] Die Anwendung von D_H auf das Medium 'Recht' führt laut *Habermas* zu drei Gruppen von Grundrechten zwischen Personen (größtes System gleicher Freiheiten, freiwillige Assoziation als Mitglieder, individueller Rechtsschutz), findet eine vierte Grundrechtsgruppe in der Notwendigkeit, daß (autonome) Personen auch als Autoren ihrer Rechtsetzung agieren, und leitet fünftens materielle Grundbedarfssicherungen aus den ersten vier Gruppen ab (minimale soziale, technische und ökologische Sicherung der Lebensbedingungen)[564]. Die (rechtsförmigen) Grundrechte, die laut *Habermas* gefordert sind, weisen eine kaum übersehbare Inhaltsähnlichkeit zu den (nichtrechtsförmigen) Gerechtigkeitsprinzipien bei *Rawls* auf[565]. Sie sind *Gerechtigkeitsprinzipien in Rechtsform*[566]. Gefordert sind im einzelnen:

> »(1) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des *Rechts auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten* ergeben. ...
>
> (2) Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des *Status eines Mitgliedes* in einer freiwilligen Assoziation von Rechtsgenossen ergeben;
>
> (3) Grundrechte, die sich unmittelbar aus der *Einklagbarkeit* von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen *Rechtsschutzes* ergeben. ...
>
> (4) Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, worin Bürger ihre *politische Autonomie* ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen. ...

---

würden, finden können.«) ist die neue Definition durch den Begriff der Handlungsnorm geprägt. Handlungsnormen sind bei *Habermas* alle generalisierten 'Verhaltenserwartungen', gleich ob sie rechtlich-normative oder moralisch-normative 'Gültigkeit' beanspruchen; *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 138. Vgl. dagegen oben S. 71 (Begriff der Norm).

563 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 151.

564 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 155 ff.

565 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 160: die Kategorien von Rechten seien »ungesättigte Platzhalter für die Spezifizierung einzelner Grundrechte, also eher Rechtsprinzipien, an denen sich der Verfassungsgesetzgeber orientiert.«

566 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 155: »Mit dem Begriff der Rechtsform, die die sozialen Verhaltenserwartungen in der angegebenen Weise stabilisiert, und dem Diskursprinzip, in dessen Licht die Legitimität von Handlungsnormen überhaupt geprüft werden kann, verfügen wir über die Mittel, die ausreichen, um jene Kategorien von Rechten in abstracto einzuführen, die den Rechtskode selber hervorbringen«.

(5) Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für eine chancengleiche Nutzung der (1) bis (4) genannten bürgerlichen Rechte unter gegebenen Verhältnissen jeweils notwendig ist.«[567]

Der prozedurale Charaker wird dadurch offensichtlich, daß nur das Diskursprinzip, aber keine vorpositiven (natürlichen oder moralischen) Rechte die Generierung neuen Rechts begrenzen[568]. Einfacher formuliert: Legitimes Recht benötigt nichts außer der Mobilisierung der kommunikativen Kräfte der Staatsbürger[569].

d) Die deliberative Politik

Habermas schlägt in seiner Theorie die Brücke vom Recht zur Politik. Das Recht als soziale Teilordnung[570] soll im Sinne des Diskursprinzips D_H an der prozeduralen Rationalität der Diskursethik teilhaben. Die Bürde der Legitimation des Rechts wird dabei nach der prozeduralen Gerechtigkeitskonzeption von *Habermas* allein durch die demokratische Genese des Rechts getragen[571]. Denn angesichts widerstreitender Konzeptionen des Guten werden materiale Maßstäbe kontingent[572], so daß nur noch demokratische Verfahren als Generatoren legitimen Rechts verbleiben[573]. Um die Legitimation zu qualifizieren, führt *Habermas* das Konzept der 'deliberativen Politik' als 'Verfahrensbegriff der Demokratie' ein[574].

Ausgangspunkt der 'deliberativen Politik' ist der Begriff der 'deliberativen Demokratie' von *Cohen*, der als entscheidendes Kriterium für das demokratische Ideal fordert, daß sich die Bedingungen der sozialen Ordnung nach einer *vernünftigen öffentlichen Argumentation* unter gleichberechtigten Bürgern richten[575], womit er über

---

567 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 155 ff. (Hervorhebungen bei *Habermas*).

568 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 161 f.

569 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 182.

570 *Habermas* unterscheidet drei soziale Ordnungen: die Lebenswelt, naturwüchsige Institutionen und das Recht. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 23.

571 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 516 f.: »Mit dem Wachstum und dem qualitativen Wandel der Staatsaufgaben verändert sich der Legitimationsbedarf; je mehr das Recht als Mittel politischer Steuerung und sozialer Gestaltung in Anspruch genommen wird, um so größer ist die Bürde der Legitimation, die die *demokratische Genese* des Rechts tragen muß.« (Hervorhebung bei *Habermas.*)

572 Z.B. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 518; *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 23. Zum Metaphysikbegriff siehe oben S. 42, Fn. 84.

573 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 527: »Die Diskurstheorie des Rechts begreift einerseits den demokratischen Rechtsstaat als die über legitimes Recht laufende (und insofern private Autonomie gewährleistende) Institutionalisierung von Verfahren und Kommunikationsvoraussetzungen für eine diskursive Meinungs- und Willensbildung, die wiederum (die Ausübung politischer Autonomie und) legitime Rechtsetzung ermöglicht.«

574 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 349 ff. (349).

575 *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 21: »The notion of a deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of association proceeds through public argument and reasoning among equal citizens.« Die Vernünftigkeit der Deliberation ist hier im Sinne der geforderten Begründet-

ältere Begriffsbestimmungen der *'deliberative democracy'* hinausführt[576]. Die Bürger müssen sich einig darüber sein, daß ihre Institutionen in legitimer Weise die Rahmenbedingungen für eine freie Entscheidungsfindung in öffentlicher Argumentation etablieren[577]. Damit verlagert sich der Legitimationsgrund der Demokratie weg von eher formalen Kriterien (Mehrheitsprinzip, Volkssouveränität, Wahlrechtsgrundsätze) hin zu inhaltlichen Anforderungen an die öffentliche Argumentation. Daß ein Gesetz oder ein Kandidat die Mehrheit der Stimmen auf sich vereinigt, ist lediglich ein *Indiz* für eine vorausgegangene freie Entscheidungsfindung in öffentlicher Argumentation, die den eigentlichen Legitimationsgrund der Sach- oder Personalentscheidung bildet[578]. Legitimationsbegründend ist nicht die Form der Entscheidung oder das Verfahren der Mehrheitsbildung, sondern der Umstand, daß sie in ihrem Inhalt *diskursiv kontrolliert* ist und – soweit den Umständen nach angemessen[579] – in Zukunft bleibt (periodische Neuwahl, Gesetzesänderung)[580].

Laut *Habermas* fehlen dem Bild der deliberativen Demokratie bei *Cohen* »Aussagen zum Verhältnis zwischen den entscheidungsorientierten Beratungen, die durch demokratische Verfahren reguliert sind, und den informellen Meinungsbildungsprozessen in der Öffentlichkeit.«[581] Die Entscheidungsfindung in der Demokratie verlaufe nicht selbstgenügsam in den Bahnen einer durch Verfahren geregelten Beratung und Beschlußfassung, sondern zehre von der verfahrensexternen, informellen

---

heit gemeint; ebd., S. 22: »Deliberation is *reasoned* in that the parties to it are required to state their reasons for advancing proposals, supporting them or criticizing them.« (Hervorhebung bei *Cohen*). Ähnlich *J.S. Fishkin,* Democracy and Deliberation (1991), S. 35 ff. unter Bezugnahme auf *Habermas* (S. 36).

576 Ein älteres Verständnis meint mit 'deliberative democracy' bloß beratende Politik, insbesondere jede repräsentativ-parlamentarische Entscheidungsfindung; *J.-F. Lyotard,* Der Widerstreit (1983), S. 245; *C. Sunstein,* Interest Groups in American Public Law (1985), S. 45 f. (46): »Above all, their [the legislator's] task was deliberative.« Die Andersartigkeit dieses alten Verständnisses wird deutlich, wenn man dessen Begriffsbildung zurückverfolgt: *Sunstein* (S. 45, Fn. 72) beruft sich bei 'deliberative democracy' auf *J.M. Bessette,* The Majority Principle in Republican Government (1980); *Bessette* (S. 112 ff.) meint aber nur eine Deliberation in Repräsentativorganen, während er direktdemokratische Entscheidungsfindung als »greatest threat« für eine gemeinwohlorientierte Politik ansieht. Sowohl *Sunstein* als auch *Bessette* beziehen sich insoweit auf die Federalist Papers, in denen die gebotene Deliberation ebenfalls mit gemeinwohlorientierter Repräsentation als Gegenbegriff zu partikularen Gruppeninteressen identifiziert wird; vgl. insbesondere *J. Madison,* Federalist No. 10 (1787), S. 57 ff. Die neuerdings von *Cohen* und *Habermas* gemeinte öffentliche Argumentation außerhalb von Parlamenten geht darüber hinaus.

577 *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 21: »Citizens in such an order share a commitment to the resolution of problems of collective choice through public reasoning and regard their basic institutions as legitimate as far as they establish the framework for free public deliberation.«

578 Vgl. *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 23: »Even under ideal conditions there is no promise that consensual reasons will be forthcoming. If they are not, then deliberation concludes with voting, subject to some form of majority rule. The fact that it may so conclude does not, however, eliminate the distinction between deliberative forms of collective choice and form that aggregate by non-deliberative preferences.« (ohne die Fn. 16 bei *Cohen*).

579 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}).

580 Vgl. *G. Jochum,* Materielle Anforderungen an das Entscheidungsverfahren in der Demokratie (1997), S. 67 m.w.N. – die Mehrheitsentscheidung beziehe ihre legitimierende Kraft daraus, daß sie am Ende eines Diskussionprozesses stehe.

581 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 372 f. (ohne die Hervorhebung bei *Habermas*).

Meinungsbildung[582]. Das *Recht* als ein Mittel zur Reduktion unvermeidlicher gesellschaftlicher Komplexität sei zur Legitimation auf die rechtsexterne Kommunikation in der *Politik* angewiesen, die als eine 'komplexitätserhaltende Gegensteuerung' funktioniere[583]. Deshalb erweitert *Habermas* die deliberative Demokratie zur deliberativen Politik, die er mit den Begriffen der 'politischen Öffentlichkeit' und der 'Zivilgesellschaft' erläutert.

Als *politische Öffentlichkeit* bezeichnet *Habermas* das Kommunikationsnetzwerk, das Meinungen (Inhalte und Stellungnahmen) durch Filterung und Synthetisierung zu themenspezifisch gebündelten *öffentlichen* Meinungen verdichtet[584]. Diese Öffentlichkeit ist spezialisiert, etwa in populärwissenschaftliche, literarische, kirchliche, künstlerische, feministische, ökologische Öffentlichkeit; und sie ist organisatorisch differenziert, etwa als episodische (Kneipen-, Straßen-) oder als veranstaltete (Theater-, Rockkonzert-, Parteitversammlungs-, Kirchentags-) Öffentlichkeit[585]. Die *Zivilgesellschaft* ist demgegenüber die Gesamtheit der Vereinigungen, Organisationen und Bewegungen, die Probleme aus privaten Lebensbereichen aufgreifen und verstärkt an die politische Öffentlichkeit weiterleiten[586], beispielsweise soziale Bewegungen, Bürgerinitiativen, politische Vereinigungen oder Berufsverbände[587]. Teile der Zivilgesellschaft sind im allgemeinen zu schwach, um selbst Entscheidungsprozesse umzusteuern, sie können aber unter bestimmten Umständen über die öffentliche Meinung auf Entscheidungsträger des Rechtsstaats (Parlamente, Gerichte, Behörden) Einfluß gewinnen[588]. Der Motor dieser Einflußnahme liegt in den *Massenmedien,* die regelmäßig eine Differenzierung zwischen Akteuren in der Arena und Zuschauern im Publikum einführen.

Die Wirkungszusammenhänge zwischen Zivilgesellschaft, politischer Öffentlichkeit und Massenmedien können auf verschiedene Weise für die Legitimation von Recht angeführt werden. *Habermas* wendet sich gegen Theorien rationalen Entscheidens, die (als Pluralismus- und Elitentheorien) die kluge Personenwahl innerhalb der Zivilgesellschaft oder (als *social choice* oder *public choice* Theorien) die kluge Sachentscheidung innerhalb der politischen Öffentlichkeit in den Vordergrund stellen[589]. Vielmehr sei »ein Perspektivenwechsel von der Theorie rationaler Wahl zur Diskurstheorie« geboten, nach dem nicht länger das Handeln einzelner Aktoren, sondern »das diskursive Niveau beobachtbarer politischer Kommunikation ein Maßstab für die Wirksamkeit einer ... prozeduralisierten Vernunft ist.«[590] Je höher also das *diskursive Niveau,* desto höher ist die legitimierende Kraft innerhalb der deliberativen Politik. Für Massenmedien als der 'vierten Gewalt' folgt daraus das Gebot einer *normati-*

---

582 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 374. Ähnlich *G. Jochum,* Materielle Anforderungen an das Entscheidungsverfahren in der Demokratie (1997), 68 ff. (84) – Notwendigkeit eines öffentlichen Diskurses zur Legitimierung politischer Entscheidungen.

583 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 397.

584 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 436.

585 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 452.

586 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 443.

587 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 451.

588 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 451.

589 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 401 ff.

590 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 414 f.

ven Einhegung mittels Berufskodex, Standesethik und nötigenfalls Medienrecht, so daß die Medien an die regulative Idee gebunden werden, als 'Mandatar eines aufgeklärten Publikums' die öffentlichen Meinungen einer verstärkten Kritik und einem Legitimationszwang auszusetzen[591]. Indikator für eine funktionierende deliberative Politik und damit ein hohes 'diskursives Niveau' ist es, wenn Themen nicht von zentralen Informationsproduzenten ausgehen, sondern in der Peripherie der Zivilgesellschaft aufgegriffen, in die politische Öffentlichkeit transportiert und erst dann durch die Massenmedien verstärkt werden[592]. Nur solange die Ressourcen der Lebenswelt für spontane öffentliche Kommunikation ausreichen, um eine ungezwungene Artikulation gesellschaftlicher Interessen trotz Administrations- und Medienmacht zu gewährleisten, kann laut *Habermas* legitimes Recht entstehen und bestehen[593]. Die Kommunikationsvoraussetzungen müssen demokratische Verfahren ergänzen; erst dann gilt der programmatische Satz: »Die Diskurstheorie erklärt die Legitimität des Rechts mit Hilfe von – ihrerseits rechtlich institutionalisierten – Verfahren und Kommunikationsvoraussetzungen, welche die Vermutung begründen, daß die Prozesse der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung zu rationalen Ergebnissen führen.«[594]

e) Das prozedurale Rechtsparadigma

Als letzte Auswirkung einer diskurstheoretischen Rekonstruktion des Rechts betont *Habermas* das prozedurale Rechtsparadigma[595]. Es sei das gebotene Mittel, um die Verfahrensbedingungen des demokratischen Prozesses zu schützen[596]. Darüberhinaus resultiere dieses Paradigma in prozeduralen Definitionen rechtlicher Instrumente, z.B. 'Souveränität'[597] oder 'Verfassung'[598]. Im Rahmen der soziologischen Theorie der *Paradigmenwechsel* – d.h. einer Folge von Ereignissen, die zu grundlegenden Änderungen wissenschaftlicher Kenntnis führt (wissenschaftliche Revolution) – bezeichnet der Begriff des *Paradigmas* den Rahmen (*framework*) zur Beschreibung und Analyse von Weltsichten sowie die Auswirkung dieses Rahmens auf die Konzeptualisierung und Informationsverarbeitung durch Menschen[599]. Ein *Rechtsparadigma* kennzeichnet dementsprechend den Blickwinkel unter dem wir die *rechtlichen* Ord-

---

591 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 455 ff. (455, 457).

592 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 459 f.

593 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 466.

594 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 499.

595 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 468 ff.; gleichfalls von einem neuen 'prozeduralen Rechtsparadigma' spricht *J. Lenoble,* Droit et communication (1994), S. 7 ff., 20 ff. Aus der (ansonsten eher zurückhaltenden) Rezeption zur These eines neuen prozeduralen Rechtsparadigmas vgl. *K.-H. Ladeur,* Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewißheitsbedingungen und intersubjektive Rationalität (1996), S. 385 ff.

596 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 529 f.

597 Souveränität eines Volkes in diskursiver Perspektive bedeutet, daß Macht der kommunikativen Kraft der Bürger entspringt. Siehe *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 209, 532 ff.; *ders.*, Volkssouveränität als Verfahren (1989), S. 626.

598 Eine Gesellschaft ist verfassungsmäßig, wenn sie sich selbst mit sich selbst in angemessenen Formen und prozedural geleiteten Prozessen der Assimilation, des Widerstandes und der Selbstkorrektur konfrontiert. Siehe *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 536.

599 *T.S. Kuhn,* The Structure of Scientific Revolutions (1970), S. 111 ff.

nungen betrachten, also unsere rechtliche Weltsicht unter Einschluß von Vorverständnis und intuitivem Hintergrundwissen[600]. *Habermas* identifiziert zeitlich gestaffelt zunächst ein *liberales* Rechtsparadigma, das die klassischen Gesetzbüchern des Privatrechts beherrscht habe, dann ein *sozialstaatliches* Rechtsparadigma, das durch Materialisierung des Rechts dem Problem des Marktversagens im reinen Liberalismus Rechnung tragen wollte, und neuerdings ein *prozeduralistisches* Rechtsparadigma, das auf die nicht-intendierten, privatautonomiebeschränkenden Folgen der sozialstaatlichen Verrechtlichung eine Antwort finden soll[601]. Anders als beim liberal- und sozialstaatlichen Paradigma, die entweder formales oder materiales Recht favorisiert haben, soll das prozedurale Paradigma nicht eine bestimmte Rechtsform (etwa das prozedurale oder das 'reflexive' Recht[602]) bevorzugen, sondern vielmehr unabhängig von der Rechtsform private und öffentliche Autonomie durch einen auf Dauer angelegten *verfassunggebenden Prozeß* sichern[603]. Die Grundrechte der privaten Autonomie (vereinfacht: Freiheit, Gleichheit, Eigentum) und der öffentlichen Autonomie (vereinfacht: Aktivbürgerschaft, Kommunikationsgrundrechte) entstehen und bestehen nach dem prozeduralen Rechtsparadigma erst durch einen fortwährenden Prozeß der staatsbürgerlichen Aktivität[604]. Legitime Rechtssetzung beruht auf der Einrichtung von Verfahren und Kommunikationsvoraussetzungen (z.B. Wahlen, Abstimmungen, Medien, Machtbegrenzungen, Äußerungsmöglichkeiten) für eine diskursive Meinungs- und Willensbildung[605]. Die deliberative Politik durch Zivilgesellschaft und politische Öffentlichkeit bildet den materiellen Gehalt dieses prozeduralen Rechtsparadigmas[606]. Recht ist also nicht mehr primär Freiheitsgarant (liberales Paradigma) oder Instrument der materiellen Gleichstellung (sozialstaatliches Paradigma), sondern in erster Linie Garant für die Bedingungen, unter denen ein spontane öffentliche Kommunikation bestehen und die Rechtsordnung fortwährend legitimieren kann.

f) Ergebnisse

Habermas Katalog der Grundrechtsgruppen bietet gegenüber *Rawls* Gerechtigkeitsprinzipien wenig Neues. Gerade deshalb kommt dem Gedanken der deliberativen

---

600 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 468 ff.

601 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 469 ff. (493): »das prozeduralistische Rechtsparadigma, das aus der Sackgasse des Sozialstaatsmodells herausführen soll«. Zur Begründung des Paradigmenwechsels ebd., S. 504 f.: »Das sozialstaatliche Paradigma des Rechts orientiert sich ausschließlich am Problem der gerechten Verteilung der gesellschaftlich produzierten Lebenschancen. Indem es Gerechtigkeit auf *distributive* Gerechtigkeit reduziert, verfehlt es den freiheitsverbürgenden Sinn legitimer Rechte ... Der komplementäre Fehler des liberalen Rechtsparadigmas liegt darin, Gerechtigkeit auf eine gleiche Distribution von Rechten zu reduzieren, d.h. Rechte auf Güter zu assimilieren, die man aufteilen und besitzen kann.« (Hervorhebung bei *Habermas*).

602 Zu ersterem als Alternative zu formalem und materialem Recht *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 528; zu letzterem: ebd., S. 494 m.w.N.

603 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 494.

604 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 515.

605 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 527. Als Beispiel nennt *Habermas*, ebd., S. 533 die Versuche zu einer stärkeren Konstitutionalisierung der Medienmacht.

606 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 536.

Politik eine zentrale Bedeutung in *Habermas* prozeduraler Gerechtigkeitstheorie zu. Hier wird aufgezeigt, wie Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln *außer*rechtlicher Verfahren die Legitimationskraft der *inner*rechtlichen Verfahren stützen oder sogar erst begründen können.

4. *Theorie des analytischen Liberalismus (R. Alexy)*

Die auffälligste Besonderheit von *Alexys* Diskurstheorie zeigt sich dort, wo sie im Rahmen eines Gesamtprojekts des 'analytischen Liberalismus'[607] zu einer Theorie des Rechts und damit zu einer Basistheorie der auf Diskussion angelegten Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates ausgebaut wird[608]. Als Begründungslehre für die Richtigkeit von Recht und Staat ist sie Gerechtigkeitstheorie[609]. In *Alexys* Modell ist juristische Argumentation eine besondere Form des allgemeinen rationalen praktischen Diskurses (Sonderfallthese[610]). Systematisch vor diesen Überlegungen zur allgemeinen Diskursivität des Rechts steht indes die Begründung derjenigen obersten Gerechtigkeitsnormen, die rechtlich positiviert als Menschenrechte (Gleichheit, Freiheit) und Demokratieprinzip staatlich in Geltung gesetzt werden müssen (b-d). Im Zusammenhang damit hat *Alexy* die Begründung der Diskursregeln um neue Argumente erweitert (a).

a) *Die Begründung der Diskursregeln*

Die bereits skizzierte Begründung der Diskursregeln mit Hilfe eines transzendentalen Arguments[611] wird bei *Alexy* durch zwei weitere Teile zu einer Trias erweitert – durch »ein auf individuelle Nutzenmaximierung abstellendes Argument« sowie »eine empirische Prämisse über die Ausstattung von Menschen mit einem Interesse an Richtigkeit«[612] (bb). Das transzendentale Argument zeichnet sich zudem bei *Alexy*

---

[607] So die selbstgewählte Bezeichnung bei *R. Alexy,* Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 10.

[608] Zur Diskurstheorie als Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 417: »Der praktische Wert der Diskurstheorie zeigt sich in vollem Umfang erst, wenn sie zu einer Basistheorie der auf Diskussion angelegten Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates gemacht wird, also im Rahmen einer Theorie des Staates und des Rechts.« Außerdem *ders.,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 164; *ders.,* Grundgesetz und Diskurstheorie (1996), S. 343 ff. Zustimmend *P. Tschannen,* Stimmrecht und politische Verständigung (1995), S. 388, 391 ff.

[609] Vor allem die jüngeren Begründungen zur diskurstheoretischen Notwendigkeit von Menschenrechten und Demokratie; *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 127 ff.; *ders.*, Discourse Theory and Human Rights (1996), S. 209 ff. Zum hier gemeinten Begriff der Gerechtigkeitstheorie vgl. oben S. 76 (D_2) sowie die kurze aber treffende Charakterisierung von *Barry,* nach der Gerechtigkeitstheorien Theorien darüber sind, welche sozialen Arrangements verteidigt werden können; *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 3.

[610] Dazu unten S. 255 ff. (Begründung von Rechtsnormen). Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 261 ff.; *ders.*, Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 426 ff.

[611] Dazu oben S. 225 (transzendentales Argument).

[612] *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 133 ff. (133).

durch eine Besonderheit aus; es wird »radikal abgeschwächt«, indem es auf die Teilnahme »an der allgemeinsten Lebensform des Menschen«[613] beschränkt wird (aa).

aa) Teilnahme an der allgemeinsten Lebensform des Menschen (T_L)

Das transzendentale Argument besagt nur, daß jede Person, die einen Richtigkeitsanspruch einlösen will, dazu die Geltung der Diskursregeln anerkennen muß – sie muß *argumentieren.* Das transzendentale Argument selbst kann hingegen keine Interessen oder Motivationen erzeugen, aus denen heraus Menschen überhaupt beginnen, sich auf Argumentation einzulassen[614]. Zur Ausfüllung der *praemissa maior* des transzendentalen Arguments[615] führt *Alexy* die empirische Prämisse ein, daß Menschen in aller Regel argumentieren, weil es ihrer allgemeinsten Lebensform entspricht[616]:

> T_L: »Wer sein ganzes Leben lang keine Behauptung [im starken Sinne] aufstellt und keine Begründung [unter Anerkennung von Gleichberechtigung, Zwanglosigkeit und Universalität] gibt, nimmt nicht an der allgemeinsten Lebensform des Menschen teil.«

Durch die nur *bedingte* Notwendigkeit dieser Prämisse wird auf die Letztbegründung verzichtet und das transzendentale Argument »radikal abgeschwächt«[617]. Die Prämisse lautet nicht: 'Jeder wird notwendig etwas behaupten im Sinne eines starken Begriffs des Behauptens', sondern sie lautet 'Jeder, *der an der allgemeinsten Lebensform des Menschen teilnimmt,* wird notwendig etwas behaupten im Sinne eines starken Begriffs des Behauptens'. Damit ist gesagt, daß abgesehen von exotischen Personen, die sich der allgemeinsten menschlichen Lebensform wirksam entziehen (der Eremit in der Einsamkeit einer Wüste, der Schiffbrüchige auf einer Insel, der Tyrann ohne Angehörige und Freunde), jeder Mensch an der Lebensform (und damit Sprachkonvention[618]) teilnimmt, die in dem Sinne 'allgemein' genannt werden kann, daß jedenfalls in der Beziehung zu *einzelnen* Mitmenschen das eigene Handeln durch Argumentation begründet wird. Ein absolutistischer Herrscher mag sein Handeln ganz überwiegend durch Befehl und Gehorsam gestalten, ohne sich dafür je zu rechtfertigen; aber wenn er nur gegenüber einem einzigen Mitmenschen, etwa einem Familienangehörigen oder Freund, das eigene Handeln durch Argumentation rechtfertigt, nimmt er schon an der allgemeinsten Lebensform des Menschen teil. Mit anderen

---

613 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 139.

614 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 142.

615 Dazu oben S. 225 (transzendentales Argument).

616 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 139. Zum Begriff der 'Lebensform' bei *Wittgenstein* vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 74: »die den einzelnen Sprachspielen zugrunde liegende, durch bestimmte Grundüberzeugungen und Regeln geprägte gemeinsame Lebenspraxis.« Wichtige Konsequenz: ein rationaler Diskurs ist nur *innerhalb* der durch eine bestimmte Lebensform gesetzten Grenzen möglich; *A. Aarnio/R. Alexy/A. Peczenik,* Grundlagen der juristischen Argumentation (1983), S. 81.

617 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 139.

618 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 74 – Lebensform und Sprachspiel.

Worten: Wer nicht als 'einsamer Wolf' lebt, wird irgendeiner nahestehenden Person gegenüber irgendwann einmal irgendein eigenes Handeln rechtfertigen. Rechtfertigung aber ist Ausdruck dafür, daß implizit die Richtigkeit des Handelns behauptet wird, und zwar im Sinne eines starken Begriffs des Behauptens, der dann *in diesen Situationen* unausweichlich zur Argumentation und damit zur Anerkennung der Diskursregeln führt.

bb) Nutzenmaximierung und Interesse an Richtigkeit

Mit der empirischen Prämisse sind der Anerkennungsgeltung der Diskursregeln aber noch enge Grenzen gesetzt. *Erstens* vermag sie für die wenigen Menschen, die sich durch völlige Isolation oder ungewöhnliche menschliche Distanz der allgemeinsten Lebensform des Menschen eben *nicht* einfügen, keine Geltung der Diskursregeln zu begründen. Einem Tyrannen, der ungehemmt durch Freunde oder Familie sein Leben allein als Ausdruck nicht begründungsbedürftiger Machtausübung versteht, ist mit der bisherigen Begründung nichts entgegenzuhalten. Nur wer in wenigstens einer Hinsicht das eigene Handeln gegenüber anderen für begründungsbedürftig hält, setzt sich damit notwendig den normativen Ansprüchen der Diskurstheorie aus: Er kann die akzeptierte Begründungsbedürftigkeit nur einlösen, wenn er auch die Diskursregeln anerkennt. *Zweitens* gilt die viel gewichtigere Einschränkung, daß Menschen nicht verpflichtet sind, *in jedem Interessenkonflikt* die Diskursregeln anzuerkennen. Denn daraus, daß jemand die grundsätzliche Fähigkeit und auch eine tatsächliche, wenn auch vielleicht nur rudimentäre praktische Erfahrung damit hat, den Richtigkeitsanspruch seiner Behauptungen durch Argumentation zu stützen, folgt noch nicht, daß er von dieser Fähigkeit in jedem Fall Gebrauch machen muß[619]. Man kann sehr wohl, ohne sich selbst zu widersprechen, das eigene Handeln gegenüber Freunden und Familie argumentativ begründen, gegenüber Dritten aber allein auf Interesse und Macht setzen, statt die Richtigkeit zu suchen. Mit anderen Worten: Wer im Familienkreis *moralisch* handelt, kann durchaus in jedem anderen Zusammenhang ausschließlich *pragmatisch* handeln. Die bloße *Möglichkeit* moralischen Handelns trägt noch keine *Notwendigkeit* in sich.

Alexy führt darum ergänzend an, daß alle Menschen, selbst Tyrannen, Diktatoren und Despoten, ein *objektives Interesse an Richtigkeit* haben, weil ihnen der Richtigkeitsanspruch nützt: Eine allein auf Gewalt gegründete Ordnung ist instabil, riskant und teuer, so daß es sich in jedem Fall lohnt, für die Richtigkeit der Ordnung Gründe anzuführen, selbst wenn dies nur die vorgeschobenen Gründe einer Terrorpropaganda sein sollten[620]. Auf die Motive des Richtigkeitsanspruchs komme es dabei

---

619 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 141. Das übersieht *P. Gril,* Möglichkeit praktischer Erkenntnis (1998), S. 140 ff., bei seinem originellen Versuch, die Argumentation *Alexys* dadurch *ad absurdum* zu führen, daß er nicht-verständigungsorientierte Sprechakte (Manipulation, Täuschung und Lügen) in der allgemeinsten Lebensform des Menschen betont. *Alexys* Begründungsmodell leugnet solche Formen der nicht-verständigungsorientierten Kommunikation keinesfalls. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch darin, daß sie von den Kommunikationsteilnehmern selbst nicht als *Begründungsakte* angesehen werden.

620 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 142 f.

nicht an, sondern nur auf deren objektive Geltendmachung, weil eine solche für die *objektive* institutionelle Geltung der Diskursregeln genüge[621].

cc) Ergebnisse (T_R)

Die transzendentalpragmatische Begründung *Alexys* betont den Umstand, daß Menschen in aller Regel die Diskursregeln *faktisch anerkennen*. Die Begründung besagt indes *nicht*, daß *alles Handeln* (subjektiv) mit Richtigkeitsansprüchen verbunden wäre oder (objektiv) der Rechtfertigung durch gute Gründe bedürfte. Sie besagt nur (aber auch immerhin), daß *wenn* jemand durch sein kommunikatives Handeln, insbesondere durch einen Sprechakt des Behauptens im starken Sinne, einen Richtigkeitsanspruch erhebt, er diesen *nur dadurch* einlösen kann, daß er ihn einer Bewährung im Diskurs aussetzt (»faktisch begrenzte Geltung«[622]). Ergänzt man diesen Gedanken um die Überlegungen, daß die Diskurstheorie eine Vernunftkonzeption des kantischen Universalismus verfolgt[623] und in einem Diskurs alle Arten von Gründen angeführt werden können[624], so kann folgendes Theorem der Diskurstheorie als Theorie der praktischen Richtigkeit formuliert werden:

> T_R: Der Richtigkeit – verstanden als universelle Richtigkeit *für alle* unter Einschluß sämtlicher pragmatischen, ethischen und moralischen Gründe – kann man sich nur in Diskursen vergewissern.

Auf eine Kurzformel gebracht, die im folgenden für T_R stehen soll:

> $T_{R'}$: Man kann sich der Richtigkeit nur im Diskurs vergewissern.

b) Die Begründung der Freiheit

aa) Das Autonomieprinzip (A)

Von der Begründung der Diskursregeln als Garanten der Richtigkeit hin zu einer Gerechtigkeitstheorie sind weitere gedankliche Schritte nötig. Zunächst stellt sich die Frage, ob aus den Diskursregeln Freiheitsrechte abgeleitet werden können. Nach der skizzierten Begründung *Alexys* sind die Diskursregeln und damit auch die Freiheit aller Diskursbeteiligten *subjektiv* (motivational) anerkannt bei Personen, denen gegenüber Handeln tatsächlich diskursiv gerechtfertigt wird (z.B. Familienangehörige,

---

621 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 143.

622 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 142.

623 Dazu oben S. 198 (T_K).

624 Vgl. dazu *R. Alexy*, Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses (1995), S. 173: Im allgemeinen praktischen Diskurs werden »moralische, ethische und pragmatische Fragen und Gründe miteinander verbunden«.

Freunde). Die Anerkennung gilt außerdem zumindest *objektiv* (institutionell) für alle Regierenden, weil diese schon aus Gründen der Klugheit die Richtigkeit ihrer Herrschaft behaupten müssen und das (praktisch ausnahmslos) auch tun. Wo immer Gerechtigkeitsfragen erörtert werden, also die Richtigkeit und Pflichtigkeit sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns zum Thema gemacht wird, besteht zumindest diese objektive Anerkennung. Also gilt allgemein: Im Diskurs über Gerechtigkeit ist die Freiheit anerkannt.

Freiheitsrechte verlangen aber mehr als die Freiheit *im Diskurs.* Sie sollen auch Freiheit *im Handeln* sichern. Für die Begründung knüpft *Alexy* an ein Autonomieprinzip an, das von *Nino* als 'Grundnorm des moralischen Diskurses' (*basic norm of moral discourse*) formuliert wurde. Bei *Nino* lautet dieses Theorem[625]:

> A: »Es ist wünschenswert, daß Menschen ihr Verhalten nur nach der freien Annahme von Prinzipien richten, die sie, nach genügender Reflexion und Beratung, als gültig beurteilen.«

Dieses Autonomieprinzip A ähnelt dem Diskursprinzip D[626], doch kann es nicht als direkte Folgerung aus den Diskursregeln angesehen werden, weil es zusätzlich gebietet, die Freiheit der anderen nicht nur im Diskurs, sondern auch *im Handeln* zu akzeptieren. Das ist nicht zwingend. Es ist vorstellbar, daß jemand seinen Mitmenschen in einem Diskurs über die Richtigkeit sozialer Ordnung unter Anerkennung ihrer Freiheit gegenübertritt, sie dann aber nach Beendigung des Diskurses unter Mißachtung ihrer Freiheit der eigenen Macht unterwirft. Ein solcher Zwiespalt ist keinesfalls ungewöhnlich. Man kann von der Richtigkeit einer Handlungsnorm überzeugt und dennoch nicht bereit sein, sie selbst (immer) zu befolgen. Zwischen praktischer Erkenntnis und praktischer Verbindlichkeit besteht eine Differenz. Es ist geradezu typisch für soziale Ordnungen, daß sich die einzelnen Beteiligten nicht ohne Zwang an die eigentlich von ihnen bejahten Normen halten. Trittbrettfahrer[627] und alle anderen, die ganz im Sinne Machiavellischer Klugheit[628] die Zustimmung zu Sozialregeln nur heucheln, aber gleichzeitig unsozial handeln, müssen durch Zwang gebunden werden – in der hier interessierenden Form also durch *rechtlichen* Zwang und dessen effektive Durchsetzung[629].

Wie also läßt sich das Autonomieprinzip A und das in ihm enthaltene Freiheitsrecht diskurstheoretisch begründen? *Alexy* unterscheidet zwei Typen der diskurstheoretischen Begründung von Gerechtigkeitsnormen: die mittelbare und die unmit-

---

625 *C.S. Nino,* The Ethics of Human Rights (1991), S. 138: »The basic norm of moral discourse, the minimum tacit agreement to which we subscribe when we participate sincerely in it, is this: 'It is desirable that people determine their behaviour only by the free adoption of principles that, after sufficient reflection and deliberation, they judge valid.'«

626 Dazu oben S. 230 (Konsens und Diskursprinzip).

627 Dazu unten S. 333 ff. (Trittbrettfahrerproblem).

628 Vgl. *N. Machiavelli,* Der Fürst (1532), S. 72 f.: »Ein Herrscher braucht also alle die vorgenannten guten Eigenschaften nicht in Wirklichkeit zu besitzen; doch muß er sich den Anschein geben, als ob er sie besäße.«

629 Daneben gibt es Formen nichtrechtlichen sozialen Zwanges, die hier nicht weiter verfolgt werden können. Vgl. unten S. 333 ff. (Institutionalisierung und Trittbrettfahrerproblem).

telbare[630]. Um eine *mittelbare* diskurstheoretische Gerechtigkeitsbegründung handelt es sich, wenn die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln formuliert werden, unter denen die praktische Richtigkeit der Norm in einem tatsächlich stattfindenden Verfahren begründet werden kann – also in einem *realen Diskurs* im Sinne von D_{Dr}[631]. Eine *unmittelbare* diskurstheoretische Gerechtigkeitsbegründung besteht hingegen dann, wenn Gerechtigkeitsnormen »unabhängig von der tatsächlichen Durchführung einzelner Diskurse allein aufgrund der Diskurstheorie gelten.«[632]

Will man Gerechtigkeit unmittelbar begründen, muß man folglich von der tatsächlichen Durchführung einzelner Diskurse abstrahieren. Für diese unmittelbare Begründung gibt es wiederum zwei Möglichkeiten. Erstens kann man mit einer transzendentalen Argumentation zeigen, daß es bestimmte Gerechtigkeitsnormen gibt, deren Geltung eine notwendige *Voraussetzung* des Diskurses ist. Zweitens kann man auf einen hypothetischen Konsens abstellen, den reale Personen unter idealen Bedingungen erreichen würden, und damit zeigen, daß bestimmte Gerechtigkeitsnormen eine notwendige *Folge* des Diskurses sind[633]. Den ersten Weg beschreitet *Alexy* für die Begründung von Freiheit und Demokratie (Autonomieargument, Demokratieargument), den zweiten für die Begründung der Gleichheit (Konsensargument).

bb) Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Autonomie

Für die Frage, warum die Anerkennung von Freiheit auch im Handeln verbindlich sein soll, können nach *Alexy* zwei Formen der Verbindlichkeit unterschieden werden: die subjektive und die objektive. Subjektiv verbindlich ist eine im Diskurs begründete Handlungsnorm, wenn der Einzelne tatsächlich bereit ist, sich freiwillig an sie zu halten. Die Aussicht, solche Verbindlichkeit bei allen Menschen zu erreichen, ist gering. Objektiv verbindlich ist eine Handlungsnorm, wenn es für jeden irgendwelche Gründe gibt, sich entweder äußerlich an sie zu halten (Befolgung) oder wenigstens so zu tun, als täte man dies (Heucheln).

Dreh- und Angelpunkt für *Alexys* Autonomieargument ist die Überlegung, welche Situation einträte, wenn die Anerkennung von Autonomie nur im Diskurs, nicht aber im Handeln verbindlich wäre. Was passiert, wenn nach Abschluß des Diskurses die Freiheit der Mitmenschen im Bereich des Handelns *nicht* anerkannt wird? Das ist beispielsweise der Fall, wenn jemand zunächst in einem realen Diskurs argumentiert, dann aber ohne Rücksicht auf einen möglichen Konsens den eigenen Willen mit Zwang durchsetzt. Der vorausgegangene Diskurs wird, so *Alexys* Begründung, durch solches Verhalten vollständig entwertet[634]. Denn wenn Familien-

---

[630] Vgl. hierzu und zum folgenden *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146 ff., wo statt allgemein auf Gerechtigkeitsnormen bereits speziell auf die (als Menschenrechte) *rechtsförmigen* Gerechtigkeitsnormen abgestellt wird. Zustimmend zur Unterscheidung dieser Begründungsformen *H. Koriath,* Diskurs und Strafrecht (1999), S. 188, 199.

[631] Dazu oben S. 218 (D_{Dr}).

[632] *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146.

[633] *R. Alexy,* Probleme der Diskurstheorie (1989), S. 113 ff.

[634] *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 152: »[Es] sinkt das Interesse [der] Diskurspartner am Diskurs ... auf Null oder fast auf Null.«

angehörige oder Freunde wissen, daß es auf das Ergebnis eines Diskurses unter keinem Gesichtspunkt ankommt, weil eine Verbindlichkeit für das nachfolgende Handeln nicht besteht, werden sie nicht wiederholt bereit sein, an solchen Diskursen freiwillig teilzunehmen. Auf die Dauer kann also nur derjenige Diskurse führen, der eine von zwei Voraussetzungen erfüllt: *Entweder* muß er tatsächlich bereit sein, das eigene Handeln nach den Ergebnissen des Diskurses auszurichten, in diesem Sinne also *ernsthaft* am Diskurs teilnehmen[635] (*'genuine Diskursteilnahme'*[636]). *Oder* er muß diese Bereitschaft wenigstens erfolgreich vortäuschen (*geheuchelte genuine Diskursteilnahme*[637]). Damit ist nach *Alexy* zumindest eine *objektive Geltung der Diskursregeln* verbunden; wer an Diskursen teilnimmt setzt das Autonomieprinzip notwendig voraus.

cc) Die diskurstheoretische Notwendigkeit konkreter Freiheitsrechte (R_F)

In *Alexys* Begründung folgt aus dem Autonomieprinzip zusammen mit der Notwendigkeit, die soziale Ordnung durch Recht zu regeln, ein *allgemeines Recht auf Autonomie,* das das allgemeinste Menschen- und Grundrecht darstellt und auch als 'allgemeines Freiheitsrecht' bezeichnet werden kann:

> R_F: »Jeder hat das Recht, frei zu beurteilen, was geboten und was gut ist, und entsprechend zu handeln.«[638]

Dabei ist bereits aus dem Inhalt des Rechts deutlich, daß seine Geltung keine absolute, regelhafte sein kann, sondern daß das Recht im Konflikt der Autonomieansprüche verschiedener Menschen und mit kollektiven Gütern (Naturschutz) Geltung als ein *Prinzip* hat, also so weit wie möglich realisiert werden muß (Optimierungsgebot[639]). Trotz dieser immanenten Beschränkung läßt sich nach *Alexy* die in dieser Weise als umfassend verstandene Autonomie weiter ausdifferenzieren zu einem »Katalog konkreter oder spezieller Grund- und Menschenrechte«[640]. Dies soll durch zwei Operationen geschehen. *Erstens* könne R_F auf alle Rechte ausgedehnt werden, die sich als Spezialfall des allgemeinen Freiheitsrechts darstellen. Und *zweitens* seien auch diejenigen Rechte gewährleistet, deren Geltung eine notwendige Voraussetzung für die Realisierung von R_F bilde. Durch beide Operationen zusammen ergebe sich ein Katalog von Rechten, die den öffentlichen Autonomiegebrauch (z.B. Meinungs-, Versammlungs-, Vereinigungsfreiheit, Wahlrecht) ebenso enthalten wie die

---

635 Zum Kriterium der ernsthaften Teilnahme *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte, S. 149.

636 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 151.

637 Vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 152: »Wer durch einen Diskurs Legitimation erzielen will, muß in diesem Diskurs wenigstens so tun, als ober der die Autonomie seiner Diskurspartner akzeptiert. Er muß ... eine genuine Diskursteilnahme wenigstens heucheln.«

638 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte, S. 153. Die Gleichheitskomponente wird nach der oben geschilderten Begründung bei *Alexy* durch das Konsensargument vervollständigt; vgl. ebd., S. 155 ff.

639 *R. Alexy,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 71 ff. Dazu oben S. 36, Fn. 49 (Prinzipien).

640 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 154.

private Autonomie (z.B. Vertragsfreiheit) und alle Rechte, die zur Verwirklichung von Freiheit notwendig sind (z.B. subjektive Rechte auf Schutz durch den Staat, soziale Grundrechte, Recht auf ein Existenzminimum)[641].

c) *Die Begründung der Demokratie*

Ähnlich wie beim Autonomieargument stellt *Alexy* auch beim Demokratieargument darauf ab, daß es notwendig ist, für die Anerkennung der Freiheit im Diskurs auch eine (Kommunikations- und Mitbestimmungs-)Freiheit im Handeln anzuerkennen. Das Diskursprinzip lasse sich (annäherungsweise) nur dadurch realisieren, daß demokratische Prozeduren der Meinungs- und Willensbildung rechtlich institutionalisiert werden[642]. Es gelte der Satz: »Wer an Richtigkeit und Legitimität interessiert ist, muß auch an der Demokratie interessiert sein«[643]. Die Idee des Diskurses könne nur in einem demokratischen Verfassungsstaat realisiert werden, so daß die Diskurstheorie sich gleichzeitig als 'Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates' erweise[644].

d) *Die Begründung der Gleichheit*

Für die Begründung der Gleichheit wählt *Alexy* den zweiten Weg der unmittelbaren diskurstheoretischen Begründung, zeigt also, daß die Anerkennung von Gleichheit *im Handeln* eine notwendige *Folge* des Diskurses ist. Bei diesem Begründungsweg muß man auf einen hypothetischen Konsens abstellen, den reale Personen unter idealen Bedingungen erreichen würden (Konsensargument). In vielen Fällen sind Aussagen über einen solchen Konsens nichts als Spekulation. Doch in einigen elementaren Fällen läßt sich nach *Alexy* mit hinreichender Sicherheit unabhängig von der realen Durchführung einzelner Diskurse sagen, was diskursiv notwendige oder unmögliche Ergebnisse sind[645]. Die *Gleichheit der Menschenrechte* soll einer dieser elementaren Fälle sein. Denn jedenfalls in einem idealen Diskurs könne es keine Gründe geben, aus denen eine ungleiche Verteilung der Menschenrechte zu rechtfertigen wäre. Denn der ideale Diskurs ist als Inbegriff von Klarheit, Informiertheit und Unparteilichkeit gestaltet, so daß etwa eine rassistische Argumentation für die Ungleichheit der Menschenrechte bereits an den elementaren Anforderungen empirischer Wahrheit und begrifflicher Klarheit scheitert oder, bei religiösen oder sonst metaphysischen Behauptungen, jedenfalls an der fehlenden Überprüfbarkeit[646]. Um auch eine elitäre Argumentation für die Ungleichheit der Menschenrechte auszuschließen, führt *Alexy* unter anderem die empirische Prämisse an, daß die Diskursteilnehmer als reale Personen eine historische Kenntnis von der Gefahr des Machtmißbrauchs haben. Dadurch lasse sich mit hinreichender Sicherheit sagen, daß sie,

---

641 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 154 f.
642 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 163.
643 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 163.
644 Dazu oben S. 247, Fn. 608.
645 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 157.
646 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 158 f.

um nicht zu Opfern zu werden, auf die Gleichheit der Rechte in keinem Fall verzichten würden[647].

e) Die Begründung von Rechtsnormen (S)

Die Theorie *Alexys* unterscheidet sich von den übrigen Diskurstheorien vor allem dadurch, daß sie eine enge Verbindung zwischen Diskurs und Recht begründet, die sich im Theorem der Sonderfallthese zuspitzt:

> S: »Der juristische Diskurs ist ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses.«[648]

Damit ist die weitgehende Aussage verbunden, daß es in allen Arten juristischer Diskussion – sei sie wissenschaftlich (theoretisch, dogmatisch), richterlich, legislativ oder administrativ – »notwendig ist, die juristische Rationalität diskurstheoretisch zu deuten.«[649] Konkretisiert zur 'Integrationsthese' besagt S, daß »die Verwendung spezifisch juristischer Argumente auf allen Stufen mit der allgemeiner praktischer Argumente zu verbinden ist.«[650] Dieser Teil der Theorie *Alexys* stellt sich gegen die Auffassung, daß es einen besonderen Anwendungsdiskurs für Rechtsnormen gibt, der vom Begründungsdiskurs losgelöst ist[651]. Mit dem allgemeinen praktischen Diskurs haben juristische Diskurse das Streben nach praktischer Richtigkeit gemeinsam. Sie unterscheiden sich von allgemeinen Diskursen vor allem deshalb, weil juristische Argumentation immer an das geltende Recht gebunden bleibt[652]. Aus dieser Bindung resultieren unterschiedlich intensive Argumentationsbeschränkungen je nach der Art des juristischen Diskurses: Ein Rechtswissenschaftler ist in einem rechtsdogmatischen (und erst recht in einem rechtstheoretischen) Diskurs freier als der Richter, der in aller Regel durch die Verfassung explizit an das positive Recht gebunden ist, institutionell seine Funktion wahren muß und zu alledem einem engen Korsett prozessualer Vorschriften unterworfen ist, die insbesondere eine Entscheidung in angemessener Zeit und mit vertretbarem Aufwand von ihm fordern. Die Rechtsbindung führt außerdem zu einem besonderen Richtigkeitsbegriff des juristischen Diskurses: Ein Ergebnis ist richtig »im Rahmen der geltenden Rechtsordnung«[653]. Damit ist der juristische Richtigkeitsbegriff aber noch nicht erschöpft, denn wenn eine gerichtliche Entscheidung ein ungerechtes Gesetz korrekt anwendet, dann leidet sie nach *Alexy* doch an einem Fehler. Der Spielraum im juristischen Diskurs mag zwar nicht genügen, um der Anwendung des ungerechten Gesetzes auszuweichen, doch es überlebt der Zusammenhang zwischen diskursiver Rationalität und Recht: »Die diskursive Rationalität kann zwar nicht mehr

---

647 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 160.

648 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 32, 38, 261 ff. (32).

649 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 426 ff. (428).

650 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 32, 38, 261 ff. (38).

651 Dazu oben S. 222 (Anwendungsdiskurs).

652 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 262.

653 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 432 f.

den Inhalt der Entscheidung bestimmen, sie bildet aber den Grund für ihre Fehlerhaftigkeit und den Maßstab für ihre Kritik.«[654]

Trotz der gewollten (weil komplexitätsreduzierenden) Beschränkungen des juristischen gegenüber dem allgemeinen praktischen Diskurs eröffnet die diskurstheoretische Deutung juristischer Rationalität neue Möglichkeiten, implizite Gerechtigkeitsgehalte im Recht aufzudecken. Wie bei der Gerechtigkeit, so geht es auch im Recht um die Begründung von Normen – genauer: um die Rechtfertigung normativer Aussagen in Form juristischer Urteile[655]. *Alexy* unterscheidet zwischen interner und externer Rechtfertigung. In der (analytischen) *internen* Rechtfertigung geht es um die innere Widerspruchsfreiheit des Urteils. Hier gilt unter anderem das Universalisierbarkeitsprinzip im Sinne der *Perelmannschen* Bestimmung der *formalen Gerechtigkeit,* das fordert: »gerecht sein heißt eine Regel zu beachten, welche die Verpflichtung formuliert, alle Wesen einer bestimmten Kategorie auf eine bestimmte Weise zu behandeln.«[656] In der (empirischen und normativen) *externen* Rechtfertigung werden die Prämissen des Urteils untersucht. Hierbei sind Regeln der Auslegung und Sätze der Dogmatik wegen ihrer 'Entlastungsfunktion'[657] unentbehrlich: »Sie erhöhen ... das Maß der Wirksamkeit des Universalisierbarkeitsprinzips und dienen insofern der Gerechtigkeit.«[658]

f) Ergebnisse

Konsequenz der unmittelbaren diskurstheoretischen Begründung *Alexys* ist die diskursiv notwendige Geltung von Freiheit, Gleichheit und Demokratie: Diese Gebote gelten als allgemeine Gerechtigkeitsnormen so wie die ihnen zugrunde liegenden Diskursregeln zeitlich und räumlich universell, also in jeder Epoche und in jeder sozialen Ordnung, in China genauso wie in Amerika, in islamischen Staaten genau wie in religiös neutralen[659]. Da auch die Transformation der Gerechtigkeitsnormen in positives Recht geboten ist[660], könnte eine Rechtsordnung, die nicht Freiheit, Gleichheit und Demokratie durch die Institutionalisierung eines demokratischen Verfassungsstaates sichert, konsequenterweise nicht gerecht sein.

---

654 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 433.

655 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 273.

656 *C. Perelman,* Eine Studie über die Gerechtigkeit (1945), S. 58. Zum Zusammenhang mit der internen Rechtfertigung *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 274, 279 mit Fn. 40, sowie S. 283: »Die Angabe universeller Regeln schließlich erleichtert die Konsistenz des Entscheidens und trägt damit zur Gerechtigkeit und Rechtssicherheit bei.«

657 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 329.

658 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 332.

659 A.A. z.B. *S.P. Sinha,* Non-Universality of Law (1995), S. 193 ff. (China), 200 ff. (Indien), 205 ff. (Afrika).

660 Vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 144 ff., wo dies für die Menschenrechte begründet ist.

5. *Theorie des neutralen Dialogs (B. Ackerman)*

a) *Die Gesprächsbeschränkungen im neutralen Dialog*

Die Theorie *Ackermans* ist weitgehend unabhängig von den deutschen Diskurstheorien entstanden[661]. *Ackerman* bezeichnet sein Verständigungsideal durchweg als 'neutralen Dialog' und nur ausnahmsweise auch als 'neutralen Diskurs'[662]. Jedenfalls handelt es sich um eine Argumentationstheorie[663], die durch das erklärte Ziel der Begründung legitimer Herrschaft zu einer Theorie der politischen Gerechtigkeit wird. *Ackerman* formuliert drei Prinzipien der Legitimität von Herrschaft (*principles of legitimacy*), die in wörtlicher Übersetzung lauten:

> (1) »*Rationalität:* Wann immer irgend jemand die Legitimität der Macht eines anderen in Frage stellt, darf der Inhaber der Macht nicht durch Unterdrückung des Fragestellers antworten, sondern dadurch, daß er Gründe angibt, die erklären, warum er einen stärkeren Anspruch auf die Ressource hat als der Fragesteller.«[664]
>
> (2) »*Konsistenz.* Der Grund, den ein Inhaber von Macht bei einer Gelegenheit vorbringt, darf nicht inkonsistent sein mit denjenigen Gründen, die er zur Begründung seiner übrigen Machtansprüche geltend macht.«[665]
>
> (3) »*Neutralität.* Kein Grund ist ein guter Grund, wenn er erfordert, daß der Inhaber von Macht geltend macht:
> (a) daß seine Konzeption des Guten besser ist als diejenige, die von irgendeinem seiner Mitbürger geltend gemacht wird oder

---

661 Vgl. allein *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 10 mit Fn. 7, wo *Ackerman* auf die »ermutigende Betonung der Legitimation durch Konversation« (*conversational legitimation*) bei *Habermas* verweist, den er im übrigen aber inhaltlich nicht berücksichtigt.

662 Zu dem 'Dialog' insbesondere *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 349 ff.; 'Diskurs' etwa auf S. 14: »Neutral discourse ... substantive discourse ...«. *Ackerman* verwendet an solchen Stellen den Diskursbegriff in einem untechnischen Sinn.

663 Vgl. zur deutlichen Abgrenzung von Utilitarismus und Sozialvertragstheorien *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 313 ff., 327 ff. *Ackermans* Konzept einer Neutralität könnte allenfalls noch als Beobachtertheorie klassifiziert werden, dafür fehlt es aber an der typischen monologischen Komponente; ebd., S. 355 ff. ('Beyond Monologue'). Als 'Dialogtheorie' bildet der Ansatz folglich eine besondere Form der Argumentationstheorie.

664 *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 4: »*Rationality:* Whenever anybody questions the legitimacy of another's power, the power holder must respond not by suppressing the questioner but by giving a reson that explains why he is more entitled to the resource than the questioner is.« (Hervorhebung bei *Ackerman*).

665 *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 7: »*Consistency.* The reason advanced by a power wielder on one occasion must not be inconsistent with the reasons he advances to justify his other claims to power.« (Hervorhebung bei *Ackerman*).

> (b) daß, unabhängig von seiner Konzeption des Guten, er selbst intrinsisch überlegen gegenüber einem oder mehreren seiner Mitbürger ist.«[666]

Ackerman bezeichnet die Funktion dieser Prinzipien in seiner Argumentationstheorie als diejenige der Gesprächsbeschränkung (*conversational constraints*). Das scheint im Gegensatz zur Diskurstheorie zu stehen, deren Verständigungsideal ja gerade *keine* Gesprächsbeschränkungen kennt[667]. Doch stellen sich die Prinzipien bei genauerer Betrachtung nicht als Inhaltsbeschränkung des Diskurses, sondern lediglich als dessen Verfahrensregeln dar – sie sind 'neutrale Beschränkungen'[668]. Wie die Diskursregeln gebieten sie Herrschaftsfreiheit, Konsistenz, Argumentationslastregeln[669] und diejenigen Regeln, die durch ein Rollentauschprinzip[670] gesichert werden können. Die Theorie *Ackermans* ist damit eine *Diskurstheorie.*

Analog zum Diskursprinzip D[671] formuliert *Ackerman,* daß genau diejenige Herrschaft legitim ist, die den »Test des neutralen Dialogs« besteht[672]. Diese Begründung sieht er nur für einen politischen Liberalismus als erfüllt an, in dem Bedingungen einer 'undominierten Gleichheit' (*undominated equality*) bestehen[673], durch die Menschen frei und Machtstrukturen gerecht werden[674].

b) Die Idee der dualistischen Demokratie

Am Beispiel der U.S.-Verfassung entwickelt *Ackerman* in seinem neueren Werk die Idee der dualistischen Demokratie als eines Anwendungsfalls der 'guten Konversation'[675]. Dabei wendet er sich einerseits gegen amerikanische Vertreter einer 'monistischen' Demokratie, die Volksherrschaft allein in periodischen Wahlen vermittelt se-

---

666 *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 11: »*Neutrality.* No reason is a good reason if it requires the power holder to assert: (a) that his conception of the good is better than that asserted by any of his fellow citizens, *or* (b) that, regardless of his conception of the good, he is intrinsically superior to one or more of his fellow citizens.« (Hervorhebung bei *Ackerman*).

667 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 159; vgl. zur Kritik der *conversational restraints: J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 375 f.

668 'Neutral constraints'; *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 15. Entsprechendes gilt für die (psychologischen) Gesprächsvoraussetzungen (*conversational presuppositions*), von denen *Ackerman* an anderer Stelle spricht; ebd., S. 59 ff.

669 Dazu genauer *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 372 f.

670 Dazu oben S. 223 (Regeln der Konsistenz und Kohärenz).

671 Dazu oben S. 230 (Konsens und Diskursprinzip).

672 *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 14.

673 Zu den Anforderungen im einzelnen *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 28. Unter anderem muß eine 'genetische Dominanz' einzelner Bürger ausgeschlossen werden, jeder eine liberale Erziehung erhalten und das Erwachsenendasein hat generell unter Bedingungen materieller Gleichheit zu beginnen.

674 *B. Ackerman,* Social Justice in the Liberal State (1980), S. 376; bestätigend *ders.,* We The People (1991), S. 317 f.

675 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 3 ff., 295 ff. (23): »In elaborating the constitutional will of the People, the dualist begins neither with the will of the present legislature nor the reason of some utopian assembly. Her aim is the kind of situated understanding one might reach after a good conversation.«

hen und konsequenterweise alle institutionellen Beschränkungen, die dem Wahlgewinner auferlegt werden, als antidemokratisch einordnen müssen (*monistic democrats*)[676]. Andererseits grenzt er sich gegenüber den 'Rechte-Fundamentalisten' (*rights foundationalists*) ab, die das Primat vorpositiver (Freiheits-)Rechte gegenüber der Demokratie vertreten[677]. Nach der Idee der dualistischen Demokratie kann jeder beliebige Inhalt zum Gegenstand der Verfassungsnormsetzung (*higher lawmaking track*) gemacht werden[678]. Individuelle Rechte sind dann (aber auch nur dann) Trümpfe gegenüber einfacher Gesetzgebung und Regierungspolitik (*normal demokratic politics*), wenn sie auf diesem Wege Verfassungsrang erhalten[679]. Damit soll die Idee der dualistischen Demokratie einen Mittelweg zwischen dem absoluten, vorpositiv begründeten Vorrang der Rechte einerseits (Rechte-Fundamentalismus) und ihrer völligen Relativierung durch das Primat der Demokratie andererseits (monistische Demokratie) einschlagen[680]. Die Unterscheidung von einfacher und verfassungsändernder Normsetzung ist das 'Mediationsinstrument' zwischen den Theorien[681].

Konkreten Niederschlag findet die Idee der dualistischen Demokratie in der (Re-)Aktivierung der verfassunggebenden und der verfassungsändernden Gewalten[682]. Neben der 'klassischen' Verfassungsänderung im rigiden System des Artikels V der U.S.-amerikanischen Verfassung will *Ackerman* eine 'moderne' Verfassungsänderung durch 'mobilisierte Deliberation' des Verfassungsgerichts ausmachen[683]. Eine Parlamentsmehrheit, die mit ihren Gesetzen am Verfassungsrecht geltender Doktrin scheitert, könne mit Beharrungsvermögen und deutlicher Bestätigung in der Wiederwahl erreichen, daß das Verfassungsgericht einen Interpretationswandel vornimmt, der einer formalen Verfassungsänderung gleichkommt[684]. Die nur beschränkte Übertragbarkeit der Idee einer dualistischen Demokratie auf andere Verfassungsordnungen gesteht *Ackerman* zu[685]. Immerhin skizziert er mit diesem Ent-

---

676 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 7 f.: *Oliver Wendell Holmes, Alexander Bickel, John Ely* u.a.

677 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 10 ff., 33: *John Rawls, Robert Nozick* u.a., vor allem auch in Kontinentaleuropa.

678 Vgl. *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 12 ff. (14 f.). Am Beispiel der hypothetischen Verfassungsnorm: »Christianity is established as the state religion of the American people, and the public worship of other gods is hereby forbidden.« und *Ackermans* Beurteilung: »While I hope that I would stick to my conviction that this Christianity amendment was terribly wrong, I would uphold it as a fundamental part of the American Constitution«.

679 Zur Idee von 'Rechten als Trümpfen' vgl. *R. Dworkin,* Rights as Trumps (1981), S. 153: »Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole.«

680 Vgl. *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 12 f., 32; vgl. S. 171 (*third way*); 193 (Bezugnahme auf *Hamilton*).

681 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 12: »The basic mediating device is the dualist's two-track system of democratic lawmaking.«

682 Vgl. unten S. 340 ff. (Verfassungsnormsetzung als realer Diskurs).

683 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 266 ff. (268) – *mobilized deliberation*.

684 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 268: »[T]he Court executes a 'switch in time' without awaiting a formal constitutional amendment.«

685 Vgl. *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 320 f. – Deutschland als Beispiel für eine Verfassungsordnung, in der die Grundrechtsordnung zum unveränderlichen Bestandteil erklärt wird (*entrenchment*).

wurf, in welcher Weise eine mehrstufige diskursive Kontrolle im demokratischen Verfassungsstaat Wirklichkeit werden kann[686].

c) *Ergebnisse*

Ackermans Katalog der Legitimationsprinzipien bietet gegenüber den europäischen Diskurstheorien inhaltlich keinen Gewinn und hat zudem den Nachteil, ein Katalog eklektischer Klugheitsregeln zu sein, weil die Stringenz einer transzendentalen Begründung fehlt. Die Idee der dualistischen Demokratie ist auf die Verfassung der U.S.A. abgestimmt und kann nur insofern theoretisch fruchtbar gemacht werden, als sie ein Anwendungsbeispiel für die mehrstufig diskursive Kontrolle durch Normenebenen im demokratischen Verfassungsstaat bildet.

Insgesamt kann zusammenfassend festgehalten werden: Die Theorien der kantischen Grundposition fragen nach der Richtigkeit eines Handelns für *alle* Betroffenen. Sie kommen in den Darstellungsformen der Sozialvertrags-, Beobachter- und Diskurstheorien vor. Trotz vielfacher Ähnlichkeiten im Ergebnis unterscheiden sie sich grundlegend in der Methodik der Begründung.

---

686 Dazu unten S. 334 ff. (mittelbare Begründung gerechten Rechts).

Vierter Teil: Analyse und Kritik von Gerechtigkeitstheorien

A. Theorien der nietzscheanischen Grundposition

I. Zur Analyse der Gerechtigkeitsskepsis ('Münchhausen-Trilemma', H. Albert)

Die Grundthese der 'Antitheorien' der Gerechtigkeit besagt, daß sich Normen der Gerechtigkeit – wie überhaupt alle Aussagen über die Richtigkeit des Handelns – einer positiven Begründung entziehen. Diese Skepsis, die inhaltlich mit ganz unterschiedlichen Argumenten gegen Konzeptionen der praktischen Vernunft begründet wird, ist analytisch-epistemologisch vom kritischen Rationalismus im sogenannten Münchhausen-Trilemma aufgearbeitet worden[1]. Das von *Albert* wirkmächtig formulierte Trilemma bildet eine geeignete Grundlage für die Auseinandersetzung mit Gerechtigkeitsskepsis: »Wenn man für *alles* eine Begründung verlangt, muß man auch für die Erkenntnisse, auf die man jeweils die zu begründende Auffassung ... zurückgeführt hat, wieder eine Begründung verlangen. Das führt zu einer Situation mit drei Alternativen, die alle drei unakzeptabel erscheinen, also: zu einem Trilemma, das ich ... das *Münchhausen-Trilemma* nennen möchte. Man hat hier offenbar nämlich nur die Wahl zwischen: 1. einem *infiniten Regreß,* ... 2. einem *logischen Zirkel* ... und schließlich: 3. einem *Abbruch des Verfahrens* ... durch *Rekurs auf ein Dogma.*«[2]

Das Trilemma erstreckt sich auf die Normbegründung im allgemeinen. Eine Norm[3] kann nur dadurch begründet werden, daß mindestens ein weiterer *normativer* Satz benutzt wird (z.B.: 'Es ist verboten, A zum Tode zu verurteilen, weil die Todesstrafe verboten ist.'), denn wenn man eine ausschließlich *nichtnormative* Begründung versucht, so entsteht entweder eine *analytische* Aussage, die allein die Norm inhaltlich nicht begründen kann ('Verbote sollen beachtet werden.')[4], oder es liegt eine *empirische* Aussage zugrunde, die zusammen mit der normativen Konklusion einen realistischen Fehlschluß bildet ('Die Todesstrafe ist verboten, weil niemand gern stirbt.')[5]. Da also für jeden normativen Satz wiederum mindestens ein normativer

---

1 Vgl. dazu *H. Albert,* Die Wissenschaft und die Fehlbarkeit der Vernunft (1982), S. 58 ff.; *ders.,* Traktat über kritische Vernunft (1991), S. 13 ff.; in der Sache ebenso *K.R. Popper,* Logik der Forschung (1989), S. 60 – Trilemma (Dogmatismus, unendlicher Regreß, psychologische Basis).

2 *H. Albert,* Traktat über kritische Vernunft (1991), S. 1 (Hervorhebungen bei *Albert*).

3 Vgl. oben S. 71 (D_N – die Verbindung eines deontischen Operators mit einer Handlungsweise; Gebot, Verbot, Erlaubnis).

4 Vgl. dazu *H. Albert,* Traktat über kritische Vernunft (1991), S. 13 f.: »Durch logische Folgerung kann niemals Gehalt gewonnen werden. ... [Sie] dient ... nicht dazu, neue Informationen zu erzeugen. Das bedeutet unter anderem, daß aus analytischen Aussagen keine gehaltvollen Aussagen deduzierbar sind.«

5 Der 'realistische' oder 'naturalistische Fehlschluß' (*naturalistic fallacy*) besagt, daß eine evaluative oder normative Aussage (Werturteil, Norm) nicht logisch fehlerfrei allein auf deskriptive Aussagen (Tatsachenbehauptungen) gestützt werden kann. Der Grundsatz wird auch Sein-Sollens-Fehlschluß genannt, da er die strikte Trennung von Sein (*is*) und Sollen (*ought*) verlangt; vgl.

Satz zur Begründung erforderlich ist ('Die Todesstrafe ist verboten, weil kein Mensch über das Lebensrecht eines anderen urteilen darf.' u.s.w.) entsteht das Münchhausen-Trilemma bei der Begründung *jeder* Norm, insbesondere auch bei der von *Gerechtigkeitsnormen*[6]. Gerechtigkeitsskeptiker machen deshalb geltend, daß es niemals möglich ist, eine Gerechtigkeitsnorm zu begründen, indem man ihre praktische Richtigkeit zeigt[7]. Für solche 'Richtigkeit', wie für jede Erkenntnis, gelte: »Alle Sicherheiten in der Erkenntnis sind selbstfabriziert und damit für die Erfassung der Wirklichkeit wertlos.«[8]

Was ist nun gegen dieses Grundargument des Gerechtigkeitsskeptizismus einzuwenden? Ein naheliegender Ausweg aus dem Trilemma besteht darin, auf eine prozedurale statt auf eine materiale Begründung zu setzen, also die *Regeln* einer rationalen Begründung von Normen zu formulieren statt konkrete *Gründe* für einzelne Normen anzugeben[9]. Bei der Begründung solcher Regeln stellt sich das Trilemma indes auf einer übergeordneten Ebene erneut, denn auch Regeln für rationale Argumentation sind Normen[10]. Es sind verschiedene Argumentationswege vorgeschlagen worden, die aus diesem Trilemma auf der Metaebene herausführen sollen[11].

Hier soll ein anderer Einwand gegen das Münchhausen-Trilemma erhoben werden, der nicht die epistemologische Richtigkeit, sondern die argumentative Reichweite des Trilemmas in Frage stellt. Das Trilemma gilt, so der Einwand, nur für Letztbegründung. Diese wird aber nicht von allen Gerechtigkeitstheorien bean-

---

G.E. Moore, Principia Ethica (1903), S. 10 ff. – *naturalistic fallacy; J.R. Searle,* Speech Acts (1969), S. 132 ff., 175 ff. – zur Relativierung des Grundsatzes (*naturalistic fallacy fallacy*). Polemisch wird gelegentlich von 'Verblendung' oder 'transzendentaler Illusion' gesprochen; *J.-F. Lyotard,* Der Widerstreit (1983), S. 185. Die Dichotomie von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen findet ihren philosophischen Niederschlag in der Unterscheidung von theoretischer und praktischer Philosophie; vgl. oben S. 27 (Gerechtigkeit und praktische Vernunft). Sie hat rechtsdogmatische Bedeutung etwa für die Konkretisierung der Meinungsäußerungsfreiheit und bei bestimmten Äußerungs- und Täuschungsdelikten; vgl. aus der neueren Literatur *B. Timm,* Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen (1996), S. 29 ff.; *E. Hilgendorf,* Tatsachenaussagen und Werturteile (1998), S. 13 ff., 43 ff.

6 Dazu oben S. 72 (D_{NG} – die Verbindung eines deontischen Operators mit einer sozialbezogenen Handlungsweise; Gebot, Verbot, Erlaubnis).

7 Vgl. etwa die auf *Albert* gestützte Kritik an Diskurstheorien bei *H. Keuth,* Erkenntnis oder Entscheidung (1993), S. 203 ff., 260 ff., 351: »[D]as diskurstheoretische Verfahren taugt nicht dazu, Normen und Gebote auf eine Weise zu begründen, die sie als in einem wahrheitsanalogen Sinne richtig auswiese.«

8 *H. Albert,* Traktat über kritische Vernunft (1991), S. 36 (bei *Albert* hervorgehoben).

9 Vgl. dazu *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 223 ff.

10 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 225.

11 *Alexy* schlägt (nicht abschließend) vier Begründungsweisen vor (technisch, empirisch, definitorisch, universalpragmatisch), die in einem 'diskurstheoretischen Diskurs' über die Begründung der Diskursregeln kombiniert werden könnten; *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 225 ff. (233). *Jansen* weist die unerfüllbaren epistemologischen Anforderungen des kritischen Rationalismus mit einem 'Inakzeptabilitätsargument' zurück; *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 193 f. *Strangas* versucht die logische Widerlegung des Trilemmas; *J. Strangas,* Bemerkungen zum Problem der Letztbegründung (1984), S. 476 ff.

sprucht und muß auch nicht beansprucht werden[12]. Letztbegründung in Form eines transzendentalen Arguments der Diskursethik findet sich beispielsweise bei *Apel* und *Kuhlmann*[13]. Das Argument besagt, daß ohne die Geltung der Diskursregeln (also Normen!) keine Kommunikation stattfinden könnte, Kommunikation aber notwendig stattfindet, die Diskursregeln also notwendig gelten müssen[14]. Auch in hobbesianischen Theorien wird vereinzelt eine Letztbegründung versucht. Ein Beispiel dafür ist der bekennende 'Menschenrechtsfundamentalismus' in der Gerechtigkeitstheorie *Höffes*[15]. Im übrigen aber beschränken sich Gerechtigkeitstheorien auf einen Geltungsanspruch im Rahmen ihrer empirischen und normativen Prämissen. Die Überzeugungskraft dieser Prämissen ist ausschlaggebend für die Theorie insgesamt. Gerade deshalb versuchen prozedurale Theorien, sich auf möglichst starke prozedurale Elemente und möglichst schwache materiale Prämissen zu stützen[16].

Die Letztbegründung von Normen erweist sich jedenfalls für die Aufgabenstellung von Gerechtigkeitstheorien als entbehrlich[17]. Wenn beispielsweise eine Theorie von der schwachen materialen Prämisse ausgeht, daß Menschen kommunizieren und dabei die Geltung von Diskursregeln voraussetzen, dann muß nicht auch noch eine Letztbegründung geführt werden, daß die menschliche Kommunikation notwendig in alle Ewigkeit zu den menschlichen Aktivitäten gehört[18]. Der Sache nach ist das ein Abbruch der Begründung im Sinne *Alberts* – aber kein unakzeptabler. Zwar kann bei einem 'Abbruch' der Begründung nur noch in einem eingeschränkten Sinn von Richtigkeit gesprochen werden[19]. Eine Gerechtigkeitstheorie wäre schon dann falsifiziert,

---

12 Ausdrücklich *J. Habermas,* Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 194 f.: »Der im schwachen Sinne transzendentale Nachweis ... genügt freilich, um den universalistischen, nämlich für alle sprach- und handlungsfähigen Subjekte verbindlichen Geltungsanspruch eines prozedural gefaßten Moralprinzips zu begründen. ... Eine Letztbegründung der Ethik ist weder möglich noch nötig.« Vgl. *P. Gril,* Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas (1997), S. 215 f.; *ders.,* Möglichkeit praktischer Erkenntnis (1998), S. 149 f. – *Gril* meint indes, die Theorie *Alexys* könne anders als diejenige von *Habermas* das Münchhausen-Trilemma nicht vermeiden. Das ist schon deshalb wenig plausibel, weil *Alexy* ausdrücklich eine im Vergleich zu *Habermas* »schwächere Variante« der Begründung von Diskursregeln vertritt; *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 231. Vgl. zum relativen Richtigkeitsanspruch gegenüber einem absoluten Wahrheitsanspruch ebd., S. 223 f.

13 Zur Letztbegründung bei *Apel* bereits oben S. 233.

14 Zur Analyse der logischen Struktur dieses tranzendentalen Arguments *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 191 f. Dazu oben S. 225 (transzendentales Argument), S. 229 (Letztbegründung als Variante der Diskurstheorie), S. 233 (Letztbegründung bei *Apel*).

15 Dazu oben S. 193 ff. (Theorie des transzendentalen Tausches).

16 Dazu oben S. 139 ff. (Grenzziehung zwischen prozeduralen und materialen Theorien).

17 Ablehnend zur Letztbegründung als Aufgabe der Rechtsphilosophie auch *J. Habermas,* Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 195.

18 Als Beispiel für eine solche, nicht die Letztbegründung implizierende Begründung siehe die Theorie *Alexys* oben S. 247 ff. Andere Einschätzung (*Alexy* meine Letztbegründung, scheitere aber an diesem Anspruch) bei *E. Hilgendorf,* Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln (1995), S. 199 f.; ansatzweise bereits *ders.,* Argumentation in der Jurisprudenz (1991), S. 187.

19 Zu dieser Folge einer 'Richtigkeit' in einem eingeschränkten Sinne *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 223.

wenn ihre Prämissen widerlegt werden könnten[20]. Ein relativer Richtigkeitsanspruch kann indes genügen, solange sichergestellt ist, daß die Prämissen schwach genug gewählt sind, um eine Begründung jetzt und in absehbarer Zukunft zu tragen. Schon eine 'Jetztbegründung' der Gerechtigkeit für die allgemeinste Lebensform (und Sprachkonvention[21]) der Menschen, wie sie in der Gegenwart gepflegt wird, kann eine befriedigende Antwort auf die Frage nach dem richtigen Handeln und dem richtigen Recht geben. Wer außerdem noch Letztbegründung bieten will, versucht mehr zu leisten, als von einer Gerechtigkeitstheorie erwartet werden muß[22].

Im Ergebnis geht der gerechtigkeitsskeptische Einwand des Münchhausen-Trilemmas also ins Leere. Er kann zwar einer Letztbegründung entgegengehalten werden. Doch Gerechtigkeitstheorien sind auf solche Letztbegründung nicht angewiesen. Ein Abbruch der Begründung ist keinesfalls immer unakzeptabel[23]. Bereits mit der Rückführung auf schwache Prämissen ist ein erheblicher Gewinn an Rationalität verbunden – jedenfalls verglichen mit einem völligen Begründungsverzicht (Gerechtigkeitsskeptizismus). Schon wenn gezeigt wird, daß eine normative Aussage mehr oder weniger gut begründet sein kann[24], ist der Gerechtigkeitsskeptizismus der nietzscheanischen Grundposition widerlegt.

---

20 Vgl. *K.R. Popper,* Logik der Forschung (1989), S. 26 – Falsifizierbarkeit als Kriterium der Wissenschaftlichkeit. Man kann es geradezu als Merkmal wissenschaftlicher Lauterkeit begreifen, wenn Gerechtigkeitstheorien die Prämissen, unter denen ihre Ergebnisse gelten, deutlich ausweisen. Nicht zuzustimmen ist allerdings *Poppers* Setzung, daß es Falsifizierbarkeit nur bei empirischen Satzsystemen und Falsifikation nur bezüglich (empirischer) Basissätze geben könne; *K.R. Popper,* Logik der Forschung (1989), S. 54 f. Im Gegensatz dazu wird hier als Falsifikation *jede Widerlegung eines notwendigen Begründungselementes einer Theorie* angesehen, gleich ob das Element ein empirischer, analytischer oder normativer Satz ist und gleich ob die Widerlegung durch Tatsachenermittlung oder durch andere Entkräftung, etwa in einem realen praktischen Diskurs, erfolgt. Erkennbarkeit und Ausweis solcher notwendigen Begründungselemente, gewissermaßen der 'Sollbruchstellen' einer Theorie, dienen folglich der Wissenschaftlichkeit einer Gerechtigkeitstheorie. Zur falsifikatorischen Methode in der politischen Philosophie *U. Steinvorth,* Gleiche Freiheit (1999), S. 38 ff.

21 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 74 – Lebensform und Sprachspiel.

22 Der vieldiskutierten Möglichkeit einer solchen Letztbegründung kann und muß hier nicht nachgegangen werden; vgl. zum Diskussionsstand *K.-O. Apel,* Diskurs und Verantwortung (1988), S. 271 ff.; *W. Kuhlmann,* Bemerkungen zum Problem der Letztbegründung (1993), S. 212 ff.; beide m.w.N.

23 Vgl. die Parallele zu *Kelsens* Idee einer Grundnorm; *H. Kelsen,* Das Problem der Gerechtigkeit (1960), S. 364: »Das Verfahren der normativen Geltungsbegründung führt aber notwendigerweise zu einem Endpunkt, zu einer allerhöchsten, allgemeinsten, nicht weiter begründbaren Norm, zu der sogenannten Grundnorm, deren objektive Geltung vorausgesetzt wird, wenn das Sollen, das der subjektive Sinn irgendwelcher Akte ist, als deren objektiver Sinn legitimiert wird. Wäre dem anders, wäre das Verfahren der normativen Geltungsbegründung so wie das Verfahren der kausalen Erklärung, das, dem Begriff der Kausalität gemäß, zu keinem Ende, zu keiner letzten Ursache führen kann, endlos, bliebe die Frage, wie wir handeln sollen, unbeantwortbar.«

24 So das vorsichtige Fazit bei *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 126: »unterschiedliche Grade der Relativität von Werturteilen«.

II. *Zur Kritik an der Gerechtigkeitsskepsis*

Gegen die Gerechtigkeitsskepsis in Theorien der nietzscheanischen Grundposition läßt sich *erstens* einwenden, daß sie die weitgehende Übereinstimmung in einzelnen Fragen des richtigen Handelns nicht zu erklären vermag, und *zweitens,* daß auch Skeptiker sich nicht in Beliebigkeit flüchten können, sondern für die realen Gestaltungsaufgaben der sozialen Ordnung eine Antwort finden müssen, die wiederum nicht ohne normative Vorgaben auskommt. Der erste Einwand läßt sich am Skeptizismus *Kelsens,* der zweite an demjenigen *Hayeks* illustrieren. Die Einwände gelten aber allgemein für alle 'Antitheorien' der Gerechtigkeit in der nietzscheanischen Grundposition.

Zum *ersten* Einwand: Der rechtsethische Relativismus *Kelsens* kann nicht erklären, warum zumindest im Bereich rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze weitgehende, auch international und über lange historische Zeiträume festzustellende Einigkeit darüber besteht, was gerecht und was ungerecht ist. Der Grundsatz, im Streit auch die andere Seite anzuhören (*audiatur et altera pars*), und das Verbot, in eigener Sache zu richten (*nemo iudex in sua causa*), sind Beispiele für unstreitige Gerechtigkeitsprinzipien im Verfahrensrecht[25]. In auffälliger Weise beschränkt *Kelsen* seine Kritik auf die Unbestimmtheit formaler Klugheitsregeln über die richtige Verteilung[26] – eine Unbestimmtheit, die von neueren Gerechtigkeitstheorien überhaupt nicht bestritten wird. Die 'Globalwiderlegung' der Gerechtigkeit, die *Kelsen* durch einen Angriff auf die inhaltliche Beliebigkeit von Gerechtigkeitsformeln versucht, geht fehlt, weil die Formelhaftigkeit nur eine Selbstverständlichkeit ausdrückt[27]. Der Relativismus *Kelsens* abstrahiert nicht nur von inhaltlichen Bestimmungsversuchen, sondern übersieht vor allem das Phänomen der prozeduralen Gerechtigkeit[28] und kann infolgedessen die inhaltsunabhängige Richtigkeit bestimmter Verfahrensnormen nicht adäquat berücksichtigen. Das ist um so erstaunlicher, als *Kelsen* selbst in seiner Demokratietheorie ein ausgefeiltes System richtigkeitsverbürgender Verfahrensgarantien vorschlägt[29], die allerdings bei ihm in die wertrelativistische Prämisse einbezogen sind und deshalb keinen höheren Anspruch auf Richtigkeit erheben können als Regeln autokratischer Systeme[30]. Wenn Verfahrensregeln aber bloß als neutrale Rückzugsposition angesichts der Unentscheidbarkeit von Gerechtigkeitsfragen fungieren, dann verfehlt das ihre Bedeutung in realen Verfahren: dort sollen sie nicht nur Neutralitäts-, sondern auch Richtigkeitsgarantien sein. Der Richter hört nicht nur deshalb beide Seiten an, weil er damit seine institutionelle Unparteilichkeit beweisen kann, sondern auch, weil das einer im Ergebnis richtigen Entscheidung, mithin der

---

25 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 43. Zum umfangreichen Bestand solcher Prinzipien vgl. oben S. 118 (prozedurale Gerechtigkeit und *natural justice*).

26 Dazu oben S. 145 (Theorie des rechtsethischen Relativismus).

27 *F. Bydlinski,* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab (1996), S. 108 f.

28 Dazu oben S. 121 (D_3' – diejenige Förderung der Ergebnisgerechtigkeit, die unter den Anwendungsbedingungen eines als gerechtigkeitsfördernd begründeten Verfahrens durch die korrekte Einhaltung der Verfahrensregeln erreicht wird).

29 Vgl. zur Demokratietheorie *Kelsens* insbesondere *H. Dreier,* Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (1990), S. 249 ff. m.w.N.

30 *H. Dreier,* Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (1990), S. 278 f.

substantiellen Gerechtigkeit, förderlich ist[31]. Solche Bedeutungsgehalte können im Gerechtigkeitsskeptizismus nicht erklärt werden.

Zum *zweiten* Einwand, der sich an der Theorie *Hayeks* illustrieren läßt: Auch Skeptiker müssen für die reale Sozialordnung normative Vorgaben treffen; eine völlige Neutralität ist real nicht möglich und als epistemologische Anforderung deshalb inakzeptabel[32]. Dieser Einwand gegen den Gerechtigkeitsskeptizismus betrifft die Adäquatheit seiner Ergebnisse. Wer Gerechtigkeit für unbegründbar hält, der müßte sich eigentlich jeder Aussage über die richtige Gestaltung der Sozialordnung enthalten. Denn wer eine Handlungsweise im Ergebnis nicht akzeptieren will, gleichzeitig aber behauptet, es gebe keinen Weg, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit eines Handelns zu begründen, der widerspricht sich selbst. Wenn man Gerechtigkeit nicht begründen kann, dann kann man sich über Ungerechtigkeit auch nicht beklagen[33]. Das Beispiel kann zwar die in sich schlüssige Theorie eines Gerechtigkeitsskeptikers nicht widerlegen, aber doch illustrieren, wie inadäquat ihre Ergebnisse sind.

Eine den Anforderungen der realen Welt adäquate Theorie muß eine Aussage über die richtige Sozialordnung treffen. Denn bei allem Streit über die richtigen Gerechtigkeitsmaßstäbe herrscht doch Übereinstimmung darin, daß der Staat für Ungleichbehandlungen prüfbare und diskussionsfähige Gründe angeben muß[34]. Daß mit solchen Aussagen, selbst wenn sie auf vermeintlich neutrale Verfahren wie das des Marktes zurückgreifen, immer auch normative Festlegungen verbunden sind, läßt sich an der Theorie *Hayeks* zeigen. Dem Marktmodell *Hayeks* ist mit Recht entgegengehalten worden, daß auch der Markt kein natürliches, vorpositives Faktum bildet, angesichts dessen die Frage distributiver Gerechtigkeit überflüssig würde[35]. Regeln zur systembildenden Etablierung und kontrollierenden Absicherung des Marktes sind Menschenwerk[36]. Damit ist das Argument widerlegt, die durch den Markt bewirkte Verteilung sei gerecht, weil der unpersönliche Verteilungsprozeß von niemandem verantwortet wird und in diesem Sinne neutral bleibt. Das marktgenerierte Verteilungsergebnis hängt von bewußten politischen Gestaltungsentscheidungen ab[37]. Dieser politischen Verantwortung trägt letztlich auch *Hayek* Rechnung, wenn er ein Minimaleinkommen für möglicherweise geboten hält[38]. Aber selbst

---

31 Vgl. aus der deutschen Verfassungsjudikatur BVerfGE 42, 64 (65) – Zwangsversteigerung: »Die richterliche Unparteilichkeit ist kein wertfreies Prinzip, sondern an den Grundwerten der Verfassung orientiert, insbesondere ... materialer Gerechtigkeit.«

32 Vgl. zu diesem 'Inakzeptabilitätsargument' *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 193 f.; ähnlich *W. Reese-Schäfer,* Was bleibt nach der Dekonstruktion? (1998), S. 143 f., 157 ff. – Kritik an der Unfähigkeit postmoderner Politiktheorie, Menschenrechte und Demokratie zu begründen.

33 *J.-R. Sieckmann,* Justice and Rights (1995), S. 117.

34 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 104. Vgl. allgemein zur 'Legitimitätserwartung' *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 51: »Mit der Positivität des Rechts ist die Erwartung verbunden, daß das demokratische Verfahren der Rechtsetzung die Vermutung der rationalen Akzeptabilität der gesatzten Normen begründet.«

35 *C. Kukathas,* Hayek and Modern Liberalism (1989), S. 166 ff. (172). Ähnlich *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 202; *S. Brittan,* Role and Limits of Government (1983), S. 53.

36 *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 203.

37 *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 203.

38 *F.A. Hayek,* Liberalism (1973), S. 145: »[E]ven a minimum income assured to all might have been created within a liberal framework«.

ganz ohne das regelhafte Rahmenwerk des Marktes läge in ihm die bewußte Entscheidung für ein Gerechtigkeitsprinzip der Form 'Jedem nach seinem Marktwert.'[39] Entsprechendes läßt sich für jede andere Form des Gerechtigkeitsskeptizismus zeigen. Wenn eine Aussage über die richtige Sozialordnung mit dem Skeptizismus verbunden wird, liegt ein innerer Widerspruch vor; wird aber eine solche Aussage vermieden, ist die Theorie inadäquat gegenüber den Gestaltungsaufgaben in der realen Welt.

III. Ergebnisse

Damit sind zwei Einwände erhoben, die entsprechend auch für systemtheoretische und postmoderne Theorien der Gerechtigkeitsskepsis gelten. Gegen den Gerechtigkeitsskeptizismus der nietzscheanischen 'Antitheorien' der Gerechtigkeit spricht erstens, daß sie die Rationalitätspotentiale prozeduraler Gerechtigkeit nicht realisieren (Inadäquatheitsargument), und zweitens, daß sie zur Richtigkeit sozialer Ordnung Aussagen treffen, die Richtigkeit des Handelns aber gleichzeitig für positiv nicht begründbar erklären (Inakzeptabilitätsargument). Die Kraft der Rationalitätspostulate prozeduraler Gerechtigkeitstheorien, in der sich die Begründungsfähigkeit praktischer Vernunft erweist, wird noch im einzelnen darzulegen sein[40].

B. Theorien der aristotelischen Grundposition

I. Die neoaristotelischen Konzeptionen des Guten

Gerechtigkeitstheorien der aristotelischen Tradition versuchen zwar, Gerechtigkeit rational zu begründen, sind aber in diesem Bemühen zum Scheitern verurteilt. Als substantielle Theorien beruhen sie nämlich auf Annahmen, die allenfalls des Bekenntnisses, nicht aber der rationalen Begründung fähig sind. Dieses »Hauptproblem der materialen Gerechtigkeitstheorien«[41] gilt für die neoaristotelischen Vernunftrechtslehren ebenso wie für ältere Naturrechtslehren, die religiöse Glaubenssätze zu Wahrheiten erhoben haben. Denn eine Konzeption des Guten mag vor dem Hintergrund individueller Lebensentscheidungen richtig sein. Sie mag auch in einer homogenen Gruppe auf eine traditionsbedingt einheitliche, spontane Zustimmung hoffen, wie dies vor allem von Kommunitaristen geltend gemacht wird. Eine Begründung jenseits solcher individuellen oder kollektiven Bekenntnisse ist dagegen nicht möglich, denn die Begründung mit tradierten Wertvorstellungen findet genau dort ihre Grenze, wo auf gemeinsame Werte nicht länger zurückgegriffen werden kann. Auch eine Wiederbelebung des einmal verlorenen Wertkonsenses ist innerhalb der Theorien aristotelischer Tradition nicht möglich. Denn es müßte ein Grund angegeben werden, warum sich jemand, der die alten Wertvorstellungen nicht teilt, im Interesse einer Wiederherstellung von Einigkeit in ein ihm nicht richtig erscheinendes Wertesystem zwängen sollte. Gelegentlich wird argumentiert, daß kommu-

---

39 *R. Kley,* Hayek's Social and Political Thought (1994), S. 204.

40 Dazu unten S. 309 ff. (Grundzüge einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit).

41 *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 109 ff. (110); vgl. auch *N. Luhmann,* Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? (1992), S. 18 f. (Werte als prinzipbedingt unbegründbarer 'Reflexionsstop').

nitaristische Ideale Vorrang genießen müßten, weil nur sie ein erfülltes Leben in der Gemeinschaft ermöglichten, das letztlich im Interesse aller liege[42]. Ein solches Argument führt aber aus der materialen Konzeption des Guten, wie sie für die aristotelische Tradition typisch ist, hinaus. Denn das Argument rechtfertigt die Konzeption des Guten durch einen Verweis auf Interessen. Das wiederum ist charakteristisch für Theorien der hobbesianischen Tradition. Somit läßt sich festhalten: Das substantielle Bekenntnis zu einer Konzeption des Guten, das für die Theorien der aristotelischen Tradition charakteristisch ist, schließt eine rationale Begründung aus. Wird eine Begründung der für richtig gehaltenen Werte versucht, so muß sie, um auch jenseits des Bekenntnisses einer homogenen Gruppe gültig und in diesem Sinne rational zu sein, auf Kriterien außerhalb der Konzeption des Guten verweisen und verliert dadurch ihren aristotelischen Charakter. Daß jenseits der aristotelischen Theorien Begründungspotentiale in prozeduralen Gerechtigkeitstheorien erschlossen werden können, wird sich im letzten Teil der Untersuchung erweisen[43].

II. Zur Kritik des Kommunitarismus

Abgesehen davon, daß der Kommunitarismus zumindest teilweise auf eine Begründung seiner Gerechtigkeitskonzeption verzichtet[44], birgt er die Gefahr der Intoleranz gegenüber Außenseitern. Indem ein partikularistischer und kontextualistischer Traditionalismus gepflegt wird, abstrahiert der Kommunitarismus von Besonderheiten des Individuums. Wer sich der Tradition einfügt, kann so einen besseren Schutz als diejenigen genießen, die sich den Gemeinschaftswerten weniger verbunden fühlen.

Dem halten die Kommunitaristen entgegen, daß aus ihrer Sicht eine Ignoranz gegenüber Traditionen, wie sie *de facto* durch den liberalen Individualismus bewirkt werde, gleichfalls eine Form der Intoleranz darstelle. Das ist die These von der unausweichlichen Wertbezogenheit politischer Ordnung, nach der *jede* Gemeinschaft notwendig wertbezogen ist und damit andere Werte verdrängt. Auch prozedurale Theorien, die verbindende Werte einer Traditionsgemeinschaft ausblendeten, träfen allein mit dieser Festlegung eine substantielle Entscheidung über das gute Leben[45].

Dem kann mit *Cohen erstens* entgegnet werden, daß prozedurale Theorien nur eine *vorgängige* Beschränkung der Ordnungsmodelle auf wertkonforme Lösungen ablehnen, nicht aber die Berücksichtigung tatsächlich vorhandener oder potentiell nützlicher Gemeinschaftsbildung durch Werte[46]. Denn auch bei einer *wertneutralen* Entscheidung über Fragen des richtigen Handelns in der Gemeinschaft (d.h. über Ge-

---

42 Dazu oben S. 157 ff. (Kommunitarismus, insbesondere *Sandel*).

43 Dazu unten S. 309 ff. (Grundzüge einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit).

44 Dazu oben S. 167 (Ergebnis zu den Theorien der aristotelischen Grundposition).

45 Dieser Einwand wird im anglo-amerikanischen als *objection of sectarianism* bezeichnet; siehe *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 27.

46 *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 27: »A political conception is objectionably sectarian only if its *justification* depends on a particular view of the human good, and not simply because its stability is contingent on widespread agreement on the value of certain activities and aspirations. For this reason the democratic conception is not sectarian.«

rechtigkeit[47]) muß zumindest die stabilitätsfördernde Wirkung gemeinsamer Werte berücksichtigt werden[48]. *Zweitens* bedeutet es einen Unterschied, ob – wie bei substantiellen Theorien – bereits die Gerechtigkeitsbegründung von einem bestimmten Konzept des guten Lebens ausgeht, oder ob – wie bei prozeduralen Theorien – erst die Gerechtigkeitserzeugung zu substantiellen Aussagen darüber kommt, was eine gute politische Ordnung ausmacht[49]. Nur im ersten Fall obliegt der Gerechtigkeitstheorie eine Argumentationslast, die sie mangels Begründbarkeit substantieller Vorgaben nicht tragen kann.

III. Zur Kritik des Utilitarismus

Die Vielfalt der utilitaristischen Theorien macht pauschale Kritik nahezu unmöglich. Immerhin können die oben dargestellten Theoriebeispiele zeigen, welche Probleme sich bei Formen des nicht-klassischen Utilitarismus stellen[50]. Gegen einen 'Gerechtigkeitsutilitarismus', wie ihn *Trapp* entworfen hat, muß eingewandt werden, daß sich die dafür nötigen normativen Beschränkungen der einkalkulierten Präferenzen, also beispielsweise die Illegitimität von sadistischen Neigungen, nicht auf der Grundlage des Utilitarismus selbst begründen lassen[51]. Damit verliert die Theorie eine besondere Qualität des klassischen Handlungsutilitarismus, die darin bestand, daß *alle* Einzelinteressen ganz ohne vorgängige Bewertung ihrer 'Richtigkeit' in ein kollektives Nutzenkalkül eingebunden sind. Das 'größte Glück der größten Zahl' stellte sich dabei als eine bloße Rechnung dar, in der das Gewicht der Interessen nicht in einer theoretischen Außenperspektive, sondern durch die Betroffenen selbst bestimmt wird. Demgegenüber überführen moderne Formen des nicht-klassischen Regelutilitarismus letztlich das Nutzenkalkül in ein prozedural begründetes Regelsystem, das eine Nähe zu Entscheidungstheorien (*Harsanyi*) oder kantischen Theorien (*Trapp*) zeigt und dadurch an eigenständiger Begründungsleistung stark verliert. Letztlich werden nur noch hobbesianische und kantische Begründungsmuster in einen ausdifferenzierten Konsequentialismus übersetzt[52]. Auf einen Satz gebracht: Der Utilitarismus steckt im Dilemma zwischen der Inakzeptabilität der klassischen und der Bedeutungslosigkeit der nichtklassischen Formen.

IV. Ergebnisse

Abgesehen vom Utilitarismus, dessen Nutzenmaximierungsideal formal definiert ist, sind alle Theorien der aristotelischen Grundposition einem Bekenntnis zu materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen verpflichtet, das sie selbst nicht positiv begründen können. Ihre Konzeption des Guten liegt in einem Traditionalismus oder in einer re-

---

[47] Zum hier zugrundegelegten Verständnis von politischer Gerechtigkeit siehe oben S. 78 (politische Gerechtigkeit und Schwerpunktthese).

[48] *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 27.

[49] Vgl. *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 27.

[50] Zur Darstellung siehe oben S. 154 (Theorien des Utilitarismus).

[51] So auch *J.-R. Sieckmann,* Justice and Rights (1995), S. 112.

[52] Zum Begriff des Konsequentialismus (*consequentialism*) siehe oben S. 152 (Charakteristika der aristotelischen Grundposition).

ligiösen oder sonst materialen Wertvorstellung, die zwar einem Wandel unterworfen sein kann, aber letztlich immer einen unbegründeten Rest enthält. Mit dieser Begründungsabstinenz verhält es sich ähnlich wie bei den Theorien der nietzscheanischen Grundposition: Sie ist angesichts der prozeduralen Begründungsmöglichkeiten inadäquat und angesichts der sozialen Aufgabe der Gerechtigkeitsbegründung inakzeptabel. Das bloße *Bekenntnis* zu einer kollektiven Konzeption des Guten, sei es material (Naturrechtslehren, Kommunitarismus) oder formal (Utilitarismus), kann die Forderung nach einer *Begründung* richtigen Rechts nicht befriedigen.

C. Theorien der hobbesianischen Grundposition

I. Zur Kritik spieltheorischer Grundlegung

Die implizierte Grundregel der Gerechtigkeitstheorien rationalen Entscheidens lautet: Gerecht ist eine Verteilung von Gütern und Lasten, die das Ergebnis einer rationalen Entscheidung der betroffenen Parteien ist oder sein könnte, sich also aus einer vorteilsorientierten Verhandlung ergibt oder ergeben könnte[53]. Was allerdings eine Entscheidung zu einer rationalen macht, bleibt zwischen den Einzelansätzen umstritten. Während früher allein das Sozialvertragsmodell als Darstellungsmittel diente und der ausgehandelte Vertrag als zugrundeliegendes Rationalitätskonzept[54], ist in neuerer Zeit die Spieltheorie das Werkzeug der Entscheidungstheoretiker. Unter 'Spieltheorie' versteht man, seit ihrer Begründung durch *von Neumann* und *Morgenstern*[55], eine mathematische Methode, um *strategische Interaktion* zu analysieren. Sie findet ihr Hautanwendungsgebiet nach wie vor in der Ökonomie, hat sich aber als analytisches Werkzeug auch in der politischen Philosophie etabliert. Die Möglichkeiten (2) und Grenzen (3) der Spieltheorie in Gerechtigkeitstheorien des rationalen Entscheidens hängen maßgeblich von deren Anwendungsbedingungen ab (1).

1. Einige Anwendungsbedingungen der Spieltheorie

a) Die Skalierbarkeitsthese in der Spieltheorie

Die Spieltheorie als Werkzeug der Sozialphilosophie untersucht das vorteilhafte Verhalten bei regelgeleiteter Interaktion. Für die Gerechtigkeitstheorie ist die These zentral, daß sich die Ergebnisse aus definierten Spielsituationen auf komplexere Situationen sozialer Interaktion übertragen lassen (Skalierbarkeitsthese)[56]. Die mathematische Theorie wird so zunächst zur Wirtschaftstheorie und, bei weitergehender Verallgemeinerung, zur umfassenden Theorie rationalen Sozialverhaltens. So wie Spiele als Zweipersonenspiele oder n-Personen-Spiele (Mehrpersonenspiele) vor-

---

53 Vgl. oben S. 167 (D_{IRC}).

54 Zum Unterschied zwischen Vertrag als Darstellungsmittel und Vertrag als Rationalitätskonzept siehe oben S. 98 ff. (Vertrag).

55 Vgl. *J. v. Neumann/O. Morgenstern,* The Theory of Games and Economic Behaviour (1944).

56 Dazu oben S. 111 (Skalierbarkeitsthese).

kommen, so ist auch soziale Interaktion in Zwei- oder Mehrpersonenverhältnissen verallgemeinerbar. So wie bei Spielen neben Situationen der Gewißheit auch solche der Ungewißheit vorkommen, etwa wenn sich die Mitspieler nicht in die Karten sehen lassen, so gibt es auch bei sozialer Interaktion kleinere und größere Risikofaktoren. Spielallianzen finden ihre Parallele in sozialen Allianzen, Spielziele in Lebenszielen, Spielregeln in Gesetzen sozialer Ordnung, d.h. Recht und Sitte. Für die unterschiedlich parametrisierten Spielsituationen (Lebenssituationen) ermittelt die Spieltheorie die jeweils vorteilhafteste Entscheidungsstrategie. Im Idealfall kann also jede Einzelentscheidung auf rationale Überlegungen zurückgeführt werden, die allein von den eigenen Interessen (Spielgewinn, Lebenserfolg) geleitet sind.

b) Der spieltheoretische Fairneßbegriff

In der Spieltheorie, wie auch sonst in der Gerechtigkeitsdiskussion[57], ist Fairneß gleichbedeutend mit prozeduraler Gerechtigkeit. Der Fairneßbegriff hat aber hier eine enge, technische Bedeutung und unterscheidet sich dadurch von demjenigen in Gerechtigkeitstheorien. Spieltheoretische Fairneß kann in genau zwei Eigenschaften eines Spiels verwirklicht sein. *Erstens* ist ein Spiel fair, wenn es *symmetrisch* ist[58], weil die Spieler genau die gleichen Rechte haben, so daß ein *Rollentausch* das Spiel nicht verändert[59]. Symmetrie des Spiels bedeutet bei Mehrpersonenspielen wegen der Kooperationsmöglichkeiten aber nicht Symmetrie der Gewinnchancen im Einzelfall. Insoweit ist Fairneß schon dadurch erreicht, daß die Gewinnchancen beliebiger Koalitionen nur von der Anzahl der Spieler abhängen[60]. Mehr noch: Die Kooperationsmöglichkeit wird in aller Regel zu *unterschiedlichen* Gewinnchancen führen (*kooperative Chancenverzerrung*)[61]. *Zweitens* ist ein Spiel fair, wenn es zwar unsymmetrisch ist, die Vor- und Nachteile der Spieler aus dieser Unsymmetrie aber *durch Spielregeln ausgeglichen* werden[62]. Vergleicht man diesen spieltheoretischen Fairneßbegriff mit

---

57 Dazu oben S. 121 ff. (Gleichsetzung von Fairneß und prozeduraler Gerechtigkeit).

58 Vgl. *J. v. Neumann/O. Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behaviour (1944), S. 259: »...games are symmetric and hence fair...«.

59 *J. v. Neumann/O. Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behaviour (1944), S. 165 f.

60 Dies ist durch eine Funktion des Wertes eines Spiels für Koalitionen auszudrücken. *J. v. Neumann/O. Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behaviour (1944), S. 238 f., 258 f., 315: »characteristic function«.

61 *J. v. Neumann/O. Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behaviour (1944), S. 225: »It is quite instructive how the rules of the game are absolutely fair (in this case, symmetric), but the conduct of the players will necessarily not be.« Sowie Fn. 2: »This is, of course, a very essential feature of the most familiar forms of social organizations. It is also an argument which occurs again and again in the criticism directed against these institutions, most of all against the hypothetical order based upon '*laisser faire.*' It is the argument that even an absolute, formal fairness – symmetry of the rules of the game – does not guarantee that the use of these rules by the participants will be fair and symmetrical. Indeed, this 'does not guarantee' is an understatement: it is to be expected that any exhaustive theory of raional behavior will show that the participants are driven to form coalitions in unsymmetric arrangements. ... It seems worth emphasizing that this characteristically 'social' phenomenon occurs only in the case of three or more participants.«

62 *J. v. Neumann/O. Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behaviour (1944), S. 166 f., Fn. 4.

demjenigen der Gerechtigkeitstheorie[63], so ist die Regeleinhaltung (Anwendungsfairneß) stillschweigend vorausgesetzt. Auch minimale Anwendungsbedingungen des fairen Spiels (Hintergrundfairneß) sind definiert, indem die Rechte symmetrisch verteilt oder in ihrer Unsymmetrie durch Spielregeln ausgeglichen sein müssen, was durch eine Rollentauschüberlegung kontrolliert werden kann[64]. Doch ist der Fairneßbegriff der Spieltheorie *frei von jeder Richtigkeitsorientierung.* Es fehlt eine Begründung dafür, daß das Spiel selbst in fairer Weise zur Entscheidungsfindung beiträgt (Prozedurfairneß). In der Terminologie der Spieltheorie ist das russische Roulett genauso 'fair' wie der herrschaftsfreie Diskurs. Gerechtigkeitstheoretisch müßte dagegen zusätzlich begründet werden, warum eine bestimmte Prozedur für eine bestimmte Entscheidung richtig ist.

c) Die rationale Kooperation

Innerhalb der Spieltheorie werden kooperative von nichtkooperativen Spielen unterschieden. Nichtkooperativ ist beispielsweise ein Schachspiel: Die beiden Parteien stehen sich gegenüber, ohne daß Spielergruppen Allianzen bilden könnten. Anders verhält es sich bei den meisten Kartenspielen. Hier liegt der Reiz gerade darin, durch Kooperation die Karten mehrerer Spieler einer gemeinsamen Spielstrategie zu unterwerfen und dadurch effizienter zu nutzen, als dies bei Einzelstrategien möglich wäre. Damit ist der Spieltheorie eine neue und schwierige Aufgabe gestellt. Denn für eine Kooperation kann sich nur derjenige rational entscheiden, der rationale Kooperationsbedingungen vereinbart hat, also insbesondere eine im Hinblick auf die jeweiligen Kooperationsbeiträge rationale Verteilung des Kooperationsgewinns. Die hierfür von *Nash* gefundene Formel (*Nash*-Equilibrium) bildet im Rahmen der Theorien rationalen Entscheidens nach wie vor einen Fixpunkt. Es ist kein zu weitgehendes Zugeständnis, wenn man mit der Spieltheorie davon ausgeht, daß es in jeder Verhandlung über Kooperation mindestens einen Gleichgewichtspunkt gibt.

Für eine Analyse und Kritik ist es wichtig zu sehen, was damit *nicht* gesagt ist. Es ist nicht sicher, ob sich das Gleichgewicht der widerstreitenden Interessen für oder gegen eine Kooperation bildet. Es ist nicht notwendig nur genau ein Gleichgewichtspunkt vorhanden. Der am wahrscheinlichsten eintretende Gleichgewichtszustand ist nicht notwendig der, der insgesamt die größten Kooperationsvorteile bringt. Vor allem aber ist in der Spieltheorie selbst nicht begründet, welche Handlungsstrategien die Parteien in das Spiel einbringen: ob sie risikoscheu oder risikofreudig sind, ob sie einander drohen oder auf Drohung verzichten, ob sie für Drohung empfänglich sind oder diese (weitgehend) ignorieren.

---

63 Dazu oben S. 121 (D_F – der Inbegriff der Verfahrensrichtigkeit bei solchen Prozeduren und ihrer Durchführung (Prozeß), die selbst richtigkeitsorientiert sind). Fairneßelemente sind dort Hintergrundfairneß (*background fairness*), Anwendungsfairneß (*procedural fairness*) und Prozedurfairneß (*fairness as such, fairness of the procedure*).

64 Vgl. oben S. 223 (Regeln der Konsistenz und Kohärenz).

d) Zwei Bedingungen rationalen Verhandelns

Bei aller Unbestimmtheit der Anwendungsbedingungen im Detail formuliert die Spieltheorie immerhin zwei Bedingungen, die für jedes rationale Verhalten in Verhandlungssituationen gelten: *Erstens* wird keine Partei eine Vereinbarung akzeptieren, die ihr weniger bietet als sie ohne Vereinbarung hätte (Freiwilligkeitsbedingung). Und *zweitens* werden die Parteien eine Vereinbarung treffen, bei der es nicht mehr möglich ist, die Situation einer Partei zu verbessern, ohne gleichzeitig die der anderen zu verschlechtern (Optimalitätsbedingung). Diese zweite Handlungsbedingung entspricht der Erkenntnis, daß Verhandlungsergebnisse zumindest *Pareto*-optimal sein müssen. *Pareto*-Optimalität ist definiert als ein Ergebnis, bei dem die Besserstellung einer Partei ohne eine Verschlechterung für die andere Partei nicht mehr möglich ist. Vereinfachend kann man von einer 100%-Verteilung bei maximaler Güterproduktion sprechen.

Das Kriterium der *Pareto*-Optimalität ist indifferent gegenüber einer Vielzahl unterschiedlicher Verteilungen. Das kann anhand eines Beispiels verdeutlicht werden: A und B wollen ein Bebauungsprojekt durch Kooperation realisieren. Sie treffen die Vereinbarung, daß A 99% und B 1% des Gewinns erhalten soll. Die zwei Bedingungen rationalen Verhandelns werden durch eine 99 zu 1 Verteilung genauso erfüllt wie durch jede andere 100%-Verteilung (98 zu 2, 97 zu 3 u.s.w.), denn beide Parteien sind besser gestellt als ohne Vereinbarung (Freiwilligkeitsbedingung) und keine Partei kann mehr erhalten, ohne daß dies zu Lasten der anderen ginge (Optimalitätsbedingung). Wegen der Vielzahl der *Pareto*-optimalen Verteilungsmöglichkeiten (*Pareto*-Punkte) spricht man auch von einer Verteilung auf der *Pareto*-Linie[65].

Die rationale Kooperation kann unter Umständen auch jenseits der *Pareto*-Linie liegen. So etwa, wenn mit dem *Kaldor-Hicks*-Kriterium der Nutzen einzelner so lange zu Lasten anderer vergrößert wird, bis sich die Entschädigung der Benachteiligten durch die Begünstigten nicht mehr lohnt. Insoweit handelt es sich um notwendige, aber nicht hinreichende Bedingungen rationalen Verhandelns[66].

2. Die Möglichkeiten der Spieltheorie als Gerechtigkeitstheorie

Die Spieltheorie ist die Grundform einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie. Sie ist eine prozedurale Gerechtigkeitstheorie[67], weil sie eine Verteilung von Vorteilen und Lasten als gerecht betrachtet, wenn diese die beiden Bedingungen rationalen Verhandelns (Freiwilligkeits- und Optimalitätsbedingung) erfüllt, gleich welches konkrete Verteilungsergebnis erzielt wird. Sie ist eine Grundform, weil die spieltheoretische Fairneß gerechtigkeitstheoretisch erst noch ausgefüllt werden muß, um die

---

65 *B. Barry,* Theories of Justice (1989), S. 3: »I can explain the notion of the Pareto frontier by saying that it is the set of Pareto-optimal points«.

66 *Kaldor-Hicks*-Effizienz hat – anders als *Pareto*-Effizienz – für sich gesehen keine normative Relevanz, wenn nicht gezeigt werden kann, daß auf lange Sicht die Implementierung von *Kaldor-Hicks*-Änderungen für *jeden* vorteilhaft ist; *R.J. Arneson,* Rational Contractarianism (1992), S. 898.

67 Dazu oben S. 132 (D_4 – eine Gerechtigkeitstheorie, nach der eine Gerechtigkeitsnorm N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur P sein kann).

Fairneß des Verfahrens selbst (Prozedurfairneß) zu begründen[68]. Die (konkretisierungsbedürftige) Spieltheorie beurteilt eine unendliche Anzahl von Verteilungsergebnissen und Verteilungsverfahren als gleichermaßen rational und gerecht.

Um zu entscheiden, wo genau auf der *Pareto*-Linie die gerechte Entscheidung liegt, können Theorien an zwei verschiedenen Punkten ansetzen. Bei jeder Theorie rationalen Entscheidens wird nämlich in einem zweistufigen Verfahren zunächst ein Nichteinigungspunkt (*nonagreement basepoint*) festgelegt, das ist die Situation der Parteien bei Nichtzustandekommen einer Kooperation, und danach die Prozedur eingeführt, die bestimmt, nach welchem rationalen Entscheidungskriterium sich die Parteien durch Kooperation vom Nichteinigungspunkt zur *Pareto*-Linie hin bewegen. Theorien, die in unterschiedlicher Weise die Entscheidungsprozedur ausgestalten oder den Nichteinigungspunkt festsetzen, wurden oben bereits geschildert[69]. Für die Analyse wichtig ist hier, daß die Spieltheorie für jede dieser Konkretisierungsmöglichkeiten offen ist. Sie steckt nur einen äußersten Rahmen ab, den Entscheidungsverfahren einhalten müssen, um als rational angesehen werden zu können. Die Möglichkeiten der Konkretisierung der Spieltheorie zu einer Gerechtigkeitstheorie sind unendlich und lassen eine Vielzahl unterschiedlicher Prozeduren und Ergebnisse zu. Auch alle hobbesianischen Sozialvertragstheorien passen in dieses Modell: Ihr Naturzustand ist der Nichteinigungspunkt und ihre Vertragsverhandlung bildet die Prozedur, die zu einem Ergebnis auf der *Pareto*-Linie führt. Die Grenzen der Spieltheorie sind deshalb Grenzen, die für die hobbesianische Grundposition insgesamt gelten.

3. *Die Grenzen der Spieltheorie als Gerechtigkeitstheorie*

Der nur begrenzte Nutzen der Spieltheorie als Grundlage einer Gerechtigkeitstheorie kann erstens daran gezeigt werden, daß sie nur unvollständig Kritierien für Gerechtigkeit liefert (a), und zweitens daran, daß das rationalistische Nutzenkalkül ein für Gerechtigkeitstheorien inadäquates Modell anbietet, weil es sittliches oder moralisches Verhalten, auf das die politische Gemeinschaft angewiesen ist, nicht erklären kann (b-d).

a) *Die immanenten Grenzen der Spieltheorie*

Mit der Vielfalt der Konkretisierungsmöglichkeiten ist gleichzeitig eine Grenze der Spieltheorie als Werkzeug in Gerechtigkeitstheorien aufgedeckt. Die Spieltheorie gibt selbst keine Anhaltspunkte dafür, wie eine Gerechtigkeitsprozedur richtigerweise zu gestalten ist. Solche Prozedurfairneß ist dem Fairneßbegriff der Spieltheorie fremd[70]. Es bleibt ergänzenden normativen Elementen vorbehalten, eine solche Konkretisierung durchzuführen. Die Schwierigkeiten, die für Entscheidungstheorien der Gerechtigkeit dabei entstehen, haben sich beim Drohspielproblem gezeigt. Während *Braithwaite* und *Buchanan* Drohungen als rational ansehen, werden diese von *Selten*,

---

[68] Vgl. oben S. 271 (spieltheoretischer Fairneßbegriff).

[69] Dazu oben S. 171 ff. (Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren).

[70] Dazu oben S. 271 (spieltheoretischer Fairneßbegriff).

Lucas und *Gauthier* als irrational zurückgewiesen. Solche grundlegenden Widersprüche in der Konkretisierung der Verhandlungsprozedur belegen, daß sich aus der Spieltheorie selbst keine eindeutige Berechnungsmöglichkeit für Verhandlungen über soziale Kooperation ergibt. Darin liegt eine theorieimmanente Grenze der Spieltheorie[71].

Innerhalb der bestehenden Spieltheorie und Entscheidungstheorie ist in der neueren Kritik noch eine weitere immantene Grenze aufgezeigt worden[72]. Dabei geht es um die Art, in der die individuellen Präferenzen berechnet werden. Einer der größten Vorzüge der Spieltheorie gegenüber älteren utilitaristischen Theorien ist derjenige, daß hier mit relativen Nutzenfaktoren gearbeitet wird[73]. Damit scheint das Problem der interpersonellen Nutzenvergleiche überwunden, das entsteht, wenn man den individuellen (subjektiven) Nutzen einer Person mit demjenigen einer anderen Person abwägen will, ohne einen gemeinsamen (objektiven) Maßstab zu haben, auf den sich alle Individualnutzen gleichmaßen beziehen ließen[74]. Relative Nutzenfaktoren sind das Fundament, auf dem die Spieltheorie ruht[75]. Ihre Berechnung basiert letztlich auf der Voraussetzung, daß jede Person für sich selbst und unabhängig von anderen sagen kann, wie sehr sie eine Handlungsmöglichkeit gegenüber einer Handlungsalternative bevorzugt[76]. In der neueren Kritik wird dem für die Handlungsalternativen innerhalb sozialer Bindungen entgegengehalten, daß die Präferenzen selbst wiederum von der Beziehung zwischen Personen abhängen, sich also gerade *nicht* für jede Person unabhängig von anderen bestimmen lassen[77]. Die Konsequenzen aus dieser Kritik sind noch nicht überschaubar. Es scheinen aber Zweifel daran berechtigt, daß sich ökonomische Verhaltensmuster auf alle anderen Bereiche sozialen Handelns übertragen lassen. Wer beim Kauf eines Gebrauchtwagens und sogar bei der Partnerwahl im 'Heiratsmarkt'[78] seine relativen Nutzenfaktoren ohne fremde Hilfe 'berechnen' kann, der ist unter Umständen bei der Entscheidung über Erziehungsfragen oder bei politischen Wahlen dazu überhaupt nicht imstande, ohne vorher mit anderen Betroffenen über *deren* Präferenzen gesprochen zu haben.

---

71 Ähnlich *P. Tschannen,* Stimmrecht und politische Verständigung (1995), S. 364.

72 *J. Nida-Rümelin/T. Schmidt/A. Munk,* Interpersonal Dependency of Preferences (1996), S. 260 ff. – *interpersonally dependent preferences.*

73 Vgl. oben S. 171 ff. (Theorien zur Optimierung relativer Nutzenfaktoren).

74 Vgl. oben S. 154 (*Harsanyis* Utilitarismus).

75 Vgl. oben S. 171 ff. (*Nash, Harsanyi, Selten*).

76 Wenn A die Handlung X zur Verfolgung seine Interessen genauso nützlich empfindet wie die Verhaltensalternative Y, dann besteht für X ein Nutzenfaktor von 0,5 (Indifferenz); repräsentiert X für A den größtmöglichen Nutzen, dann ist der Nutzenfaktor für ihn 1,0; ist X für A völlig nutzlos, dann schmilzt der Nutzenfaktor auf 0,0. Die besondere Situation der Indifferenz wird in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften gern für die Analyse von Verhaltensalternativen mittels Indifferenzkurven genutzt; dazu ausführlich *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 106 ff. m.w.N.

77 *J. Nida-Rümelin/T. Schmidt/A. Munk,* Interpersonal Dependency of Preferences (1996), S. 260 ff.

78 Vgl. *R.B. McKenzie/G. Tullock,* Homo Oeconomicus (1984), S. 138 (Wahl des Ehepartners): »Das rationale Individuum wird bei der Wahl des Ehepartners versuchen, seinen Nutzen zu maximieren, wie bei allen anderen Handlungen auch.«

b) *Das Gefangenendilemma*

Wird mit der Spieltheorie das rationalistische Entscheidungskalkül als einzige Grundlage sozialer Ordnung betrachtet, dann müßte es genügen, diejenigen Normen mit staatlichem Zwang durchzusetzen, die eine Marktordnung für egoistische Nutzenmaximierer schützen, also eine Sozialordnung im Sinne des libertären Nachtwächterstaates. Bereits die Analyse des Gefangenendilemmas zeigt, daß eine derartige Minimalstaatlichkeit die möglichen Kooperationsgewinne in der Gemeinschaft nicht realisiert und darum nicht die bestmögliche soziale Ordnung begründen kann.

Die Einzelheiten des Gefangenendilemmas sind so oft geschildert worden, daß sie hier nicht wiederholt werden müssen[79]. Festzuhalten bleibt nur das bemerkenswerte Ergebnis: In einer nichtkooperativen Sozialsituation, in der die Beteiligten vollständig rational ihren je eigenen Vorteil verfolgen, kann das Ergebnis für jeden der Beteiligten schlechter sein als bei einer Kooperation. Die Beteiligten wissen zwar, daß es eigentlich für alle besser wäre, wenn sie gemeinsam ein Kooperationsziel verwirklichten, doch aufgrund der Entscheidungsgesetze individueller Nutzenmaximierung bleibt ihnen keine Wahl: sie müssen die Kooperation verweigern. Dadurch entgeht ihnen ein real möglicher Kooperationsvorteil. Hätten die Beteiligten nicht die Position individueller Nutzenmaximierer eingenommen, sondern sich aus Tugendhaftigkeit (d.h. 'aristotelisch') oder aus Moralität (d.h. 'kantisch') nutzenunabhängig für die Kooperation entschieden, dann ginge es ihnen im Ergebnis besser. Eine staatliche Ordnung, die auch solche Kooperationsvorteile noch realisieren will, kann folglich nicht allein dem freien Spiel der Kräfte seinen Lauf lassen, sondern muß die Rahmenbedingungen für »unbedingte Kooperation« setzen[80]. Der Staat muß schon aus pragmatischen Gründen jenseits minimalstaatlichen Integritätsschutzes auch die Sittlichkeit oder Moralität fördern, um zusätzliche Kooperationsvorteile gegenüber individualistischer Nutzenmaximierung zu sichern.

c) *Das Beitragsdilemma bei öffentlichen Gütern (D. Parfit)*

Ein weiterer Regelungsbereich, in dem sich die Inadäquatheit der Spieltheorie als Grundlage einer Gerechtigkeitstheorie erweist, ist die Sicherung öffentlicher Güter[81]. Das hier zu beobachtende Beitragsdilemma kann als volkswirtschaftlicher Sonderfall des Gefangenendilemmas angesehen werden.

---

79 Darstellungen etwa bei *R. Axelrod/W.D. Hamilton,* Evolution of Cooperation (1981), S. 1391 ff.; *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 420 ff.; *G. Kirchgässner,* Homo oeconomicus (1991), S. 50 ff. m.w.N.; *L. Kern/J. Nida-Rümelin,* Logik kollektiver Entscheidungen (1994), S. 201 ff. m.w. Beispielen. Eine weniger bekannte Variante des Gefangenendilemmas hat *Hardin* für die Nutzung öffentlicher Güter geschildert; *G.J. Hardin,* The Tragedy of the Commons (1968), S. 1243 ff.

80 Vgl. *L. Kern/J. Nida-Rümelin,* Logik kollektiver Entscheidungen (1994), S. 227 ff. (228).

81 Der Begriff der 'öffentlichen Güter' ist umstritten. *W. Blümel/R. Pethig/O. v.d.Hagen,* Theory of Public Goods (1986), S. 242 haben im wesentlichen drei Begriffsverwendungen ausgemacht: öffentliche Güter als alle Gegenstände, bei deren Zurverfügungstellung ein Marktversagen eintreten kann; öffentliche Güter als öffentlich vorgehaltene Güter; öffentliche Güter als alle Gegenstände, die zur Verfügung aller stehen und gemeinschaftlich verbraucht werden. Auf die Feinheiten der Abgrenzung (ebd., S. 245 ff.) kann hier verzichtet werden, da *Parfits* Beitragsdilemma für alle diese Fälle gilt.

Nach dem von *Parfit* geschilderte Beitragsdilemma (*contributor's dilemma*) lassen sich bestimmte öffentliche Güter nur realisieren, wenn die Beitragsleistungen auf sittlichen oder moralischen Motiven beruhen, statt auf reinem Eigeninteresse[82]. Um beispielsweise eine saubere Stadt für alle zu sichern, muß ich mein Kaugummi zum nächsten Mülleimer bringen, statt es auf den Gehweg zu spucken. Als eifriger Kaugummikauer könnte ich das aus Eigeninteresse nicht tun, denn der Vorteil, der mir persönlich durch das geringfügig reinlichere Stadtbild erwächst, wiegt den Nachteil des zusätzlichen Weges nicht auf. Der Beitrag ist für mich größer, als er für Nichtkaugummikauer wäre. Das Beitragsdilemma besteht also darin, daß zwar alle einsehen, warum in öffentliche Güter investiert werden muß, einige aber mehr zu leisten haben als andere, so daß es meist einige gibt, die nicht aus reinen Vorteilserwägungen heraus ihren Beitrag leisten könnten. Beginnen aber erst einige, ihre Beitragsleistung einzustellen, so wirkt sich das auf die Motivation der übrigen nachhaltig aus und das öffentliche Gut (hier: Reinheit der Stadt) geht in einer Kettenreaktion des Beitragsversagens unter.

In vielen Bereichen, etwa beim Steueraufkommen für Wohlfahrtsmaßnahmen, bei der Sozialversicherung oder anderen Solidargemeinschaften, kann der Staat die Beiträge durch Rechtszwang effektiv durchsetzen. Auch in den Kernbereichen des Umweltschutzes wirkt Rechtszwang noch, da sich die Sanktionierung gravierender Verschmutzungen effektiv durchsetzen läßt. In Bagatellbereichen, etwa beim Kaugummibeispiel, ist der Staat hingegen auf die *freiwillige* und *uneigennützige* Unterstützung der Bürger angewiesen. Bestimmte Güter lassen sich nur realisieren, wenn die Bürger zu sittlichem oder moralischem Handeln motiviert werden können. Diese Motivation, Beiträge zur Erhaltung oder Schaffung öffentlicher Güter selbst dann zu leisten, wenn Rechtszwang oder Sozialkontrolle sie nicht effektiv durchsetzen könnten, ist auch tatsächlich beobachtbar. Wäre dies nicht so, dann müßte jeder unbeobachtete Wanderer auf dem Gipfel eines Berges seine Picknickabfälle aus Bequemlichkeit liegen lassen. Daß er dies nicht tut, erklärt sich keinesfalls eigennützig aus der Vermeidung von Sanktionen (d.h. hobbesianisch), sondern vielmehr daraus, daß er die Reinhaltung als individuelles oder kollektives Ideal akzeptiert (d.h. aristotelisch), oder dadurch, daß das Nichtverschmutzen für ihn eine moralische Pflicht ist (d.h. kantisch)[83].

d) Das Wählerparadoxon (Condorcet, K.J. Arrow)

Eine entsprechende Argumentation für freiwillige und uneigennützige Bürgermitwirkung läßt sich beim Wählerparadoxon (*voter's paradox*) zeigen. Das Paradoxon, das zunächst für den Einzelfall von Abstimmungen mit mehreren Alternativen

---

[82] *D. Parfit,* Reasons and Persons (1984), S. 61 f.: »The commonest true Dilemmas are *Contributor's Dilemmas.* ... [O]nly a very small portion of the benefit he adds will come back to *him.* ... It may thus be better for each if he does not contribute. ... *Commuters:* Each goes faster if he drives, but if all drive each goes slower than if all take buses; *Soldiers:* Each will be safer if he turns and runs, but if all do more will be killed than if none do; *Fishermen:* When the sea is overfished, it can be better for each if he tries to catch more, worse for each if all do; ...« (Hervorhebungen bei *Parfit*).

[83] Vgl. *D. Parfit,* Reasons and Persons (1984), S. 64 – einige Lösungsmöglichkeiten zum Beitragsdilemma: »We might become *Kantians.* ... We might become *more altruistic.*« (Hervorhebungen bei *Parfit*).

durch *Condorcet*[84] und später als generelles Phänomen von *Arrow* formuliert wurde[85], besagt, daß sich aus vollständigen und transitiven Präferenzordnungen von Einzelnen nicht immer eine vollständige und transitive Präferenzordnung der Gemeinschaft ermitteln läßt – im kollektiven Resultat wird unter Umständen »jede Alternative gegenüber jeder anderen bevorzugt«[86]. Das Wählerparadoxon führt dazu, daß es für jeden einzelnen Wahlberechtigten irrational ist, überhaupt an der Wahl teilzunehmen[87]. Irrational ist außerdem der bei einer Wahlteilnahme entstehende Aufwand im Vergleich zu den vernachlässigbar geringen Chancen einer Wahlbeeinflussung durch die einzelne Stimmabgabe[88]. Dennoch nehmen die meisten Wahlberechtigten jedenfalls gelegentlich an Wahlen teil. In einigen Staaten wird das durch eine sanktionsbewehrte Wahlpflicht erreicht, die aber die wahre Wahlbeteiligung verdeckt und damit eigene Nachteile hat. In den übrigen Staaten ist die Wahlbeteiligung hingegen mit einem vorteilsorientierten Verhalten nicht zu erklären[89], es sei denn, man betrachtet Moralität selbst als vorteilhaft[90]. Die politische Kooperation ist vielmehr, wie bei den Beiträgen zu öffentlichen Gütern, dadurch begründet, daß die Bürger zumindest teilweise aus sittlichen[91] oder moralischen Motiven handeln[92]: Sie nehmen den Aufwand nicht aus Eigennutz (d.h. hobbesianisch) auf sich, sondern um gute Bürger zu sein (d.h. aristotelisch) oder um ihren Bürgerpflichten zu genügen (d.h. kantisch). Der 'perfekte Privatier' ist ein für die demokratische Ordnung inadäquates Modell[93].

---

84 *Condorcet,* Essai sur l'Application de l'Analyse la Probabilité des Décisions la Pluralité des Voix (1785); vgl. dazu *J.S. Kelly,* Social Choice Theory (1988), S. 15 ff.; *L. Kern/J. Nida-Rümelin,* Logik kollektiver Entscheidungen (1994), S. 29 ff.

85 *'Impossibility theorem'; K.J. Arrow,* Social Choice and Individual Values (1951); vgl. dazu *L. Kern/J. Nida-Rümelin,* Logik kollektiver Entscheidungen (1994), S. 27 ff.; *A.R. Schotter,* Microeconomics (1997), S. 604 ff.

86 *L. Kern/J. Nida-Rümelin,* Logik kollektiver Entscheidungen (1994), S. 29, mit der Einschränkung (S. 39), daß sich in 94% aller möglichen Präferenzstrukturen nicht-zyklische und damit konsistente kollektive Resultate ergeben.

87 *D.C. Mueller,* Public Choice II (1989), S. 361.

88 Ausführliche Analyse bei *J.C. Harsanyi,* Rule Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior (1980), S. 115 ff., 129 ff.

89 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 236 ff. m.w.N., am Beispiel der U.S.A. S. 311: »The problem comes when the 'public choice' perspective mistakes this part of politics [the pursuit of self-interest] for the whole. Perfect privatism is a crucial part of the problem of American politics, not the keystone of its constitutional solution.«

90 Dazu oben S. 154 (Utilitarismus von *Harsanyi*).

91 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 239: »[W]hile a modern democracy must learn to economize on public-regarding virtue, there can be no hope of doing without it entirely«; sowie S. 236: »I shall [insist] against some fashionable economist views, on the absolute necessity of a certain kind of virtue in the normal operation of the democratic system.« Ausführlich dazu *D.C. Mueller,* Public Choice II (1989), S. 361 ff. m.w.N.

92 So im Ergebnis auch *J.C. Harsanyi,* Rule Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior (1980), S. 129 f., allerdings mit regelutilitaristischer Rückführung auf ein Nutzenkalkül. Vgl. oben S. 269 (Kritik am Utilitarismus als Gerechtigkeitstheorie).

93 *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 298 – *perfect privatist.*

4. Ergebnisse

Die Spieltheorie als Grundform einer prozeduralen Gerechtigkeitstheorie läßt Raum für eine unendliche Vielfalt von Prozeduren, mit denen eine Verhandlung über soziale Kooperation modelliert werden kann. Sie stößt dadurch bei der Bestimmung von Gerechtigkeit selbst dann auf immanente Grenzen, wenn man die implizierte Grundregel der Gerechtigkeitstheorien rationalen Entscheidens akzeptiert, nach der Gerechtigkeit das ist, was sich aus einer am individuellen Vorteil orientierten Verhandlung ergibt oder ergeben könnte. Ohne zusätzliche normative Argumente über das Verhandlungsverfahren kann aus der Spieltheorie allein keine Schlußfolgerung für die Begründung von Gerechtigkeit gezogen werden.

Abgesehen von diesen immanenten Grenzen ist die Spieltheorie als Erklärungsmodell für eine gerechte soziale Ordnung auch inadäquat. Die im Gemeinwesen möglichen Kooperationsvorteile, deren Realisierung im Interesse aller Bürger geboten ist, können allein durch Eigennutz nicht erklärt werden. Für die weitgehende Kooperation, die in gegenwärtigen Sozialordnungen tatsächlich beobachtbar ist, gibt es andere als rationalistisch-vorteilsorientierte Gründe. Solche Rationalitätspotentiale werden im letzten Teil dieser Untersuchung dargelegt[94].

II. Zur Kritik am neohobbesianischen Nutzenkalkül

Die Analyse zur Spieltheorie hat gezeigt, daß ein normativer Rahmen für das Nutzenkalkül jeweils separat begründet werden muß, um in der unendlichen Vielfalt der Konkretisierungsmöglichkeiten eine bestimmte Entscheidung als richtig auszeichnen zu können. Daraus läßt sich eine grundlegende Kritik am Neohobbesianismus ableiten, die zugespitzt als die Unentscheidbarkeit des normativen Rahmens für relevante Handlungsalternativen bezeichnet werden könnte.

Was ist damit gemeint? Da jede neohobbesianische Gerechtigkeitstheorie letztlich die individuelle Nutzenmaximierung zuläßt und fordert, muß sie auch über die Mittel entscheiden, die bei der Verfolgung des eigenen Nutzens berücksichtigt werden sollen. Sie muß den normativen Rahmen des Nutzenkalküls bestimmen. Wenn für zwei Personen A und B, die eine Kooperation bei der Apfelernte planen, der kooperationslose Nichteinigungspunkt berechnet wird[95], dann muß entschieden werden, ob dabei auch Drohungen ins Kalkül eingehen. Immerhin könnte es für A die beste Handlungsstrategie sein, den B zu einem Ernteeinsatz zu zwingen, bei dem A die gesamte Ernte und B nichts erhält. Sogar eine völlige Versklavung des B durch den A ist im neohobbesianischen Gedankenspiel nicht von vornherein ausgeschlossen[96]. Innerhalb des Rationalitätsrahmens der individuellen Nutzenmaximierung gibt es *keinen normativen Schutz* gegen solche Drohspiele[97]. Theorien, die einen solchen Schutz unterstellen, verlassen damit die Grundlage der Vorteilskalkulation[98].

---

[94] Dazu unten S. 309 ff. (Grundzüge einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit).

[95] Dazu oben S. 176 ff. (Theorien zum Nichteinigungspunkt; *nonagreement basepoint*).

[96] Zu dieser Konsequenz siehe oben S. 178 ff. (*Buchanan:* Drohspiel als Sozialvertrag).

[97] Das Fehlen eines normativen Schutzes zeigt sich bereits im Rechtsbegriff bei *Hobbes,* der zwar von 'natürlichen Rechten' (*rights of nature*) spricht, dabei aber nicht Ansprüche gegen andere meint, al-

Doch selbst wenn man konsequenterweise Drohungen ins Kalkül einbezieht, so ist noch nicht geklärt, *welche* Drohungen das sein sollen. Immerhin handelt es sich nur um ein Gedankenspiel: Die Entscheidungstheorie der Gerechtigkeit findet nicht als *realer,* sondern allenfalls als *hypothetischer* Sozialvertrag statt. Als Gedankenspiel aber bleiben auch alle Drohungen hypothetisch – ob A wirklich versuchen würde, den B zu einer Kooperation zu zwingen, selbst wenn er dabei unter Umständen durch die Gegenwehr des B verletzt werden könnte, ist eine von psychologischen Faktoren im Einzelfall abhängige Frage, die sich nicht generell für alle möglichen Drohungen beantworten läßt. Damit ist die Unbestimmtheit für diejenigen neohobbesianischen Theorien belegt, die wie die von *Lucas* Drohungen unberücksichtigt lassen wollen, wenn sie nicht realistisch sind[99], denn was eine realistische Drohung ist, läßt sich im hypothetischen Gedankenspiel der Gerechtigkeitstheorie nicht beantworten.

Die Unbestimmtheit erweist sich schließlich auch bei Theorien, die wie diejenige von *Braithwaite* und *Buchanan* jede Drohung als relevant für das Nutzenkalkül akzeptieren. Diese andersartige Unbestimmtheit läßt sich am obigen Beispiel zeigen: Angenommen, A bietet B an: 'Wir teilen die Ernte 51% zu 49%, sonst werde ich dich verprügeln.' Wenn A tatsächlich kräftiger ist als B und dadurch einen Verhandlungsvorteil hat, der in das Drohspiel eingeht, müßte B sich dann nicht klugerweise auf das Angebot einlassen? Immerhin ist der Nachteil, den er gegenüber einer Gleichverteilung der Ernte hat, relativ geringfügig verglichen mit dem körperlichen Schaden, der ihm von einem antagonistischen A droht. Trotz dieser vermeintlich einfachen Entscheidungssituation ist die Frage des Nutzenkalküls nicht definitiv zu beantworten. Bei bloß hypothetischen Drohungen könnte B beispielsweise einwenden: 'Auf einer Gleichverteilung muß ich bestehen, weil ich mich mit einer Benachteiligung aus Prinzip nicht abfinden kann und dich, A, ein Leben lang verfolgen würde, bis dieses Unrecht gerächt ist.' Eine Gerechtigkeitstheorie, die jede hypothetische Drohung genügen läßt, müßte auch solche Aussagen des wildentschlossenen B berücksichtigen. Durch die hypothetischen Drohmöglichkeiten werden unter Umständen die Verhandlungsvorteile, die ohne Drohung bestünden, nivelliert, je nachdem, welche Drohungen konstruiert werden. Schon *Hobbes* hat den Umstand erkannt, daß selbst der Schwächste eine (hypothetische) Bedrohung für den Stärksten werden kann, und daraus gefolgert, daß alle Menschen im wesentlichen gleich sind[100]. Darin liegt eine Nivellierung von Unterschieden der Verhandlungsmacht, die bei allen neohobbesianischen Theorien zum Unbestimmtheitsproblem führt. Letztlich unterliegt eine Vorteilskalkulation, die hypothetische Drohungen benutzt, einer Beliebigkeit der Ergebnisse.

Man kann diesen Zusammenhang so zu einer Kritik zusammenfassen: Neohobbesianische Nutzenkalkulationen können konsequenterweise hypothetische Drohun-

---

so nicht Rechte, denen die Pflichten der anderen auf Achtung korrespondieren. Ausführlich zu dieser Analyse *D. Gauthier,* The Logic of the Leviathan (1969), S. 30 f.

98 Dazu exemplarisch unten S. 281 ff. (Kritik an der Theorie *Gauthiers*).

99 Zu dieser Konsequenz siehe oben S. 179 (Theorie der realistischen Verhaltenshypothesen).

100 *T. Hobbes,* Leviathan (1651), Kapitel 13: »Nature has made men so equall, ... the weakest has strength enough to kill the strongest«.

gen nicht ausschließen, geraten aber zwangsläufig in die Unbestimmbarkeit, wenn sie sie zulassen[101].

III. Zur Kritik an D.P. Gauthiers Moral durch Vereinbarung

Im Rahmen der Darstellung von *Gauthiers* Gerechtigkeitstheorie ist bereits deutlich geworden, daß die Lockesche Provisio als ein moralisches Element eingesetzt wird, das mit den Grundlagen der Entscheidungstheorien nicht vereinbar ist[102]. *Gauthier* versucht eine rationalistische Begründung für etwas, das es innerhalb des Rationalitätsrahmens der individuellen Nutzenmaximierung gerade nicht geben kann: den *normativen Schutz* gegen Drohung und Gewalt[103]. Die Begründung von Moral läßt sich nicht (moralfrei) auf eine rationalistische Vereinbarung unter egoistischen Nutzenmaximierern zurückführen. Die Gegenüberstellung von *Gauthiers* Modell mit Drohspieltheorien, wie sie von *Braithwaite* und *Buchanan* vertreten werden, hat gezeigt, daß auch mit einem transzendentalen Argument die moralfreie Begründung von Moralität nicht gelingen kann: Die Gewaltfreiheit ist nicht eine denknotwendige Voraussetzung für rationalistische Vereinbarungen, sondern steht im Gegenteil einem freien Schlagabtausch der unterschiedlichen Verhandlungsvorteile entgegen. Insoweit hat *Hobbes* mit seinem gewaltgeneigten Naturzustand ein konsequentes und nach wie vor zutreffendes Bild für die Interaktion zwischen egoistischen Nutzenmaximierern gezeichnet, das auch durch neohobbesianische Entscheidungstheorien nicht überwunden werden kann. *Gauthiers* Projekt einer Begründung von Moral durch Vereinbarung ist in diesem Punkt gescheitert.

IV. Zur Kritik an O. Höffes transzendentalem Tausch

Das faszinierende Programm der Theorie *Höffes* besteht darin, politische Gerechtigkeit insgesamt auf ein einziges, relativ unbestrittenes Prinzip zurückzuführen – das der Tauschgerechtigkeit. Der Tausch ist deshalb im hobbesianischen Sinne gerecht, weil er für beide Seiten vorteilhaft ist. Um zu tauschen muß man sich nicht zu einer besonderen 'Tauschmoral' bekennen, sondern kann einfach den Gesetzen der Klugheit folgen und den individuellen Vorteil suchen. Allerdings kann *Höffes* Herleitung politischer Gerechtigkeit allein aus klugem Tauschverhalten in mindestens drei Punkten nicht überzeugen[104].

---

101 Ähnlich *P. Koller,* Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987), S. 225: *Buchanans* Theorie sei unbestimmt im gesamten Spektrum zwischen Sklaverei und Wohlfahrtsstaatlichkeit.

102 Vgl. oben S. 191 (Moralischer Gehalt der Theorie *Gauthiers*).

103 Zur Unmöglichkeit des normativen Schutzes gegen Drohung soeben S. 279 (Kritik des neohobbesianischen Nutzenkalküls).

104 Weitere Kritikpunkte, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, finden sich bei *P. Koller,* Otfried Höffes Begründung der Menschenrechte und des Staates (1997), S. 301 ff. – Ein Rechtsbegriff, der öffentliche und monopolisierte Zwangsgewalt voraussetze, sei zu stark, weil ethnologische Vergleiche zeigten, daß rechtliche Ordnung auch in nichtzentralsierten 'segmentären Gesellschaften' möglich sei. Der Staatsbegriff sei hingegen zu weit, als daß er den neuzeitlichen Sinn erfassen könnte.

Erstens führt die Theorie zu einem wenig überzeugenden Verständnis politischer Gerechtigkeit, bei dem die Gleichheit der Menschenrechte negiert wird. Denn eine unliebsame Konsequenz des Tauschkonzepts von *Höffe* ist der Untergang all jener Interessen, die nicht mit Tauschmacht einhergehen. Bei Kindern und Alten kann das Problem mit einem asynchronen Tausch umgangen werden. Aber weder die Interessen von Menschen mit angeborener Behinderung noch diejenigen der weit in der Zukunft liegenden Generationen kann *Höffes* Tausch einfangen. In beiden Fällen gibt es keinerlei Drohpotential, das den Handlungsmächtigen der Jetztgeneration entgegengehalten werden könnte. *Höffe* sieht das Problem selbst[105]. Er meint, man könne unter Umständen die Grundrechte Behinderter statt als eine Leistung der Gerechtigkeit als eine solche der Solidarität ansehen. Das ist schon deshalb unbefriedigend, weil die Rechte Behinderter dann eine andere Qualität hätten als diejenigen von Nichtbehinderten. Sie sind keine vorpositiv begründeten, staatlich 'gewährleisteten' Menschenrechte, sondern allein positiv 'gewährte' Grundrechte. Außerdem widerspricht diese Lösung der Sozialstaatskonzeption *Höffes*. Wenn Staatlichkeit nur dienend ist – Sozialstaatlichkeit also vor allem demokratiefunktional zur Verwirklichung der Menschenrechte legitimiert werden kann – dann bestünde für den Rechtsschutz Behinderter kein Grund. Erst der Bestand von Menschenrechten rechtfertigt staatliche Aktivität zu ihrem Schutz.

Zweitens bildet die Unbestimmtheit des Menschenrechtskanons einen Schwachpunkt der Theorie. *Höffe* äußert sich nicht eindeutig dazu, *welche* Menschenrechte in der natürlichen Gerechtigkeit bestehen. Er spricht zunächst nur von Leib, Leben, Eigentum, Ehre und Religion, führt später aber auch die Meinungsfreiheit an[106]. Diese Unbestimmtheit hat gerade für *Höffes* Theorie einiges Gewicht. Denn davon, was in dem ursprünglichen Tauschpaket enthalten ist, hängt ab, ob ein späterer Rechtsschutz nur funktional ist und damit unter Umständen zur Disposition des Staates steht, oder ob eine vorpositive Geltung beansprucht werden kann. Versucht man *Höffes* Menschenrechtspaket zu konkretisieren, so fällt auf, daß bei nahezu allen Kandidaten für den Menschenrechtskanon die gleiche Argumentation wie bei Ehre und Religion gilt. Praktisch jedes Recht ist *einigen* Menschen wichtiger als ihr Leben. Es gibt immer Einzelne, die für ihre Meinungsfreiheit, ihre Wissenschaftsfreiheit, ihre Kunstfreiheit, ihr Erziehungsrecht, ihren ungestörten Naturgenuß sogar sterben würden. Konsequenterweise muß darum eine *allgemeine Handlungsfreiheit* zum Menschenrecht erhoben werden[107]. Damit aber gewinnt das Tauschpaket einen anderen Charakter. Die Rechte im sekundären Naturzustand haben nicht mehr nur ein Wirklichkeitsdefizit, weil sie ohne staatliche Autorität nicht durchsetzbar sind, sondern sie haben zusätzlich ein Bestimmtheitsdefizit, weil ohne Abgrenzung der Hand-

---

105 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 427: »Es soll nicht verschwiegen werden, daß bei einer Legitimation natürlicher Rechte durch den Tausch von Freiheitsverzichten diejenigen aus dem Kreis der Nutznießer ausgenommen bleiben, die aufgrund angeborener Behinderung über keine Drohpotentiale verfügen und deshalb auch in entwicklungsgeschichtlicher Betrachtung zu keinem (nennenswerten) Tausch auf Gegenseitigkeit fähig sind.«

106 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 402: »als Lebewesen braucht der Mensch ... Leib und Leben, als Sprach- und Denkwesen die Meinungsfreiheit u.s.w.«

107 Etwas unbestimmt insofern *O. Höffe,* Gerechtigkeit als Tausch? (1991), S. 125: Ein »Interesse zweiter Stufe besteht in der Handlungsfreiheit«.

lungssphären niemand mehr sagen kann, auf welche Handlungsweisen ein Recht besteht und auf welche nicht. Damit aber verliert das Paket seine Tauschfähigkeit. Denn zum Tausch in *Höffes* Theorie gehört der Freiheitsverzicht. Man kann zwar darauf verzichten, die eigene Freiheit so zu gebrauchen, daß die Integrität von Leib, Leben, Eigentum, Ehre oder Religion anderer beeinträchtigt wird. Man kann aber nicht darauf verzichten, die eigene Freiheit so zu gebrauchen, daß die Handlungsfreiheit anderer beeinträchtigt ist. Denn das ist bei *jeder* Handlung mit Sozialbezug der Fall. Wann immer meine Handlungssphäre diejenige einer anderen Person berührt, ist deren Handlungsfreiheit betroffen.

Drittens – und dies kann als gewichtigster Kritikpunkt gelten – gerät *Höffe* mit seiner Anwendung der Tauschgerechtigkeit in ein unauflösliches Dilemma. Er will Tauschgerechtigkeit frei von moralischem Vorverständnis wirken lassen[108]. Das kann er nur, wenn er die natürlichen Unterschiede der Menschen beim Tausch uneingeschränkt berücksichtigt. Es muß trotz der Unterschiede gezeigt werden können, daß alle Menschen sich tatsächlich auf einen Tausch einlassen würden, denn Tauschgerechtigkeit steht unter der Bedingung, daß auch tatsächlich getauscht wird[109]. Da es von Natur aus unstreitig 'Starke' und 'Schwache' gibt, gewinnen die Menschen im Naturzustand eine verschiedene Tauschmacht. Unter diesen Bedingungen ist es nicht rational, daß sie sich gegenseitig alle dasselbe Paket von Rechten gewähren. *Buchanan* hat sehr viel überzeugender dargelegt, wie ein Tausch bei moralisch nicht vorgeprägter Ausgangssituation aussehen müßte[110]. Erst nach einem 'Kampf bis aufs Messer' stellt sich eine natürliche Gleichgewichtslage ein, in der die Parteien nur noch durch gegenseitige Abrüstungspakte ihre Lage verbessern können. Der für beide Seiten vorteilhafte Tausch muß dann keinesfalls gleiche Rechte zeitigen. Es kann sogar die *Versklavung* der einen durch die anderen beiderseits vorteilhaft sein, wenn nur die Unterschiede in der Verhandlungsmacht groß genug sind[111]. Dann sieht der Abrüstungsvertrag vor, daß Sklaven ein Recht auf Leib und Leben erhalten, die Herren aber zusätzlich das Recht, die Arbeitskraft der Sklaven auszubeuten[112]. Dieses Gegenmodell zeigt das Dilemma, in dem sich die Theorie *Höffes* befindet. Ohne die von ihr nicht gewollte Moralisierung des Ausgangszustands kann sie nicht begründen, warum der Tausch im Naturzustand eine Gleichheit der Menschenrechte erzeugen soll[113]. Dieses Dilemma wird auch nicht dadurch auf-

---

108 *O. Höffe,* Politische Gerechtigkeit (1987), S. 402: »Weil die entsprechenden Freiheitsverzichte für jeden vorteilhaft sind, bleiben sie Gebote der Klugheit und verlangen keine darüber hinausgehende Moralität.«

109 Zu dieser Bedingtheit *M. Kettner,* Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte (1997).

110 Hierzu und im folgenden *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975), S. 23 ff., 59 f.

111 Zur Versklavung in der Theorie *Buchanans* oben S. 178 (Drohspiel als Sozialvertrag).

112 Vgl. *J.M. Buchanan,* Limits of Liberty (1975), S. 23 ff., 60: »A contract of slavery would, as other contracts, define individual rights, and, to the extent that this assignment is mutually accepted, mutual gains may be secured from the consequent reduction in defense and predation effort.« Zu dieser Konsequenz *P. Koller,* Otfried Höffes Begründung der Menschenrechte und des Staates (1997), S. 289 f.; *J. Nida-Rümelin,* Gerechtigkeit bei John Rawls und Otfried Höffe (1997), S. 310 f.

113 Ausführlich zu dieser Kritik *K. Günther,* Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? (1991), S. 199 ff.; *P. Koller,* Zur ethischen Begründung von Recht und Staat (1989), S. 480 – mit dem Beispiel einer *Buchanan*-Situation des Sklavereivertrags; *ders.,* Otfried Höffes Be-

gelöst, daß *Höffe* in jüngerer Zeit einen erheblich umfassenderen Gerechtigkeitsbegriff vertritt[114]. Dasselbe gilt für seine Hinweise auf 'entmoralisierte Moral'[115] und 'Bedingungen von Handlungsfähigkeit'[116].

V. Ergebnisse

Im Hinblick auf das strategische Handeln unter egoistischen Nutzenmaximierern, das bei den Gerechtigkeitstheorien der hobbesianischen Grundposition den Ausgangspunkt bildet, verfügt die Spieltheorie über einen gegenüber älteren Sozialvertragsmodellen genaueren Begründungsansatz. Die Spieltheorie kann aber nicht die normativen Argumente liefern, die zu einer Gerechtigkeitsbegründung noch fehlen. Die sich wechselseitig widersprechenden Ansätze der Entscheidungstheorien zeigen, daß ein universelles Nutzenkalkül nicht bestimmbar ist. Dieses Defizit läßt sich auch nicht dadurch überbrücken, daß – gewissermaßen durch die Hintertür – moralische Beschränkungen der Nutzenmaximierung eingeführt werden, denn damit verliert die Gerechtigkeitstheorie ihren Charakter als Entscheidungstheorie. Die Gerechtigkeitstheorien der hobbesianischen Grundposition stellen sich also insgesamt als prozedurale Gerechtigkeitstheorien dar, deren konkrete Gerechtigkeitsbegründung mit so gewichtigen Unwägbarkeiten belastet ist und zu so inadäquaten Sozialmodellen führt, daß die Theorien im Ergebnis nicht überzeugen können.

D. Theorien der kantischen Grundposition

I. Zur Kritik der Sozialvertragstheorien

Neuere Sozialvertragstheorien orientieren sich meist an der Gerechtigkeitstheorie von *Rawls*. Auch als Referenzpunkt für Gegenmodelle und als Kristallisationspunkt für grundlegende Kritik dient diese Theorie. Deshalb sollen ihre Schächen hier stellvertretend für viele andere Sozialvertragstheorien untersucht werden. Analyse und Kritik können dabei auf die Dreiteilung zurückgreifen, die in der Darstellung gewählt wurde: entscheidungstheoretische Elemente, ältere Fairneßtheorie und neuere Liberalismustheorie[117]. Die *Rawls*-Kritik in der Sekundärliteratur ist so umfangreich, daß sie hier nicht präsentiert werden kann[118]. Es muß bei einer Auswahl von Kritikpunkten bleiben.

---

gründung der Menschenrechte und des Staates (1997), S. 289 ff.; *W. Kersting*, Herrschaftslegitimation (1997), S. 48 ff.

114 Vgl. *O. Höffe*, Moral als Preis der Moderne (1993), S. 172 ff. (ökologische Gerechtigkeit), S. 175 (negatives Trittbrettfahren), S. 218 ff. (Gerechtigkeit gegenüber Tieren).

115 *O. Höffe*, Erwiderung (1997), S. 338.

116 *O. Höffe*, Erwiderung (1997), S. 347.

117 Dazu oben S. 180 ff. (Theorie der Maximin-Wahl), S. 199 ff. (Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß), S. 205 ff. (Theorie des politischen Liberalismus).

118 Die frühe Bibliographie von *H.G. Wellbank/D. Snook/D.T. Mason*, John Rawls and his Critics (1982), S. 23 ff. zählt allein 2.512 Sekundärquellen; zum jetzigen Zeitpunkt ist die Sekundärliteratur nicht mehr erfaßbar. Ein hier nicht weiter verfolgter Kritikpunkt ist der von *B. Barry*, The Liberal Theory of Justice (1973), S. 134 ff. – im Vierstufenmodell bleibe für den Verfassunggeber kaum noch Handlungsspielraum. Sehr ausführliche Kritik u.a. bei *P. Koller*, Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987), S. 77 ff.

1. *Zur Kritik an J. Rawls entscheidungstheoretischem Ansatz*

Das entscheidungstheoretische Element bei *Rawls*, die Maximin-Regel, ist bereits kritisch gewürdigt worden[119]. Hier bleibt der Kritik nur hinzuzufügen, daß die risikoscheue Grundhaltung der Parteien im *Rawls*schen Urzustand ein Ergebnis der künstlichen Unwissenheit ist, die *Rawls* durch den Schleier des Nichtwissens erzeugt. Durch dieses Konstrukt sollen die Parteien eine möglichst hohe Grundsicherung begehren, die sie jeder anderen Güterverteilung vorziehen (Maximin), so daß sogar das egalitäre Differenzprinzip als Verteilungsprinzip in der politischen Ordnung akzeptabel erscheint. Für eine solche Verallgemeinerung der Risikoscheu fehlt bei *Rawls* indes jede Begründung. Es ist mit Recht kritisiert worden, daß ein verallgemeinerbares Interesse an risikoarmen Entscheidungen nicht besteht[120]. In bezug auf diese Annahme kann die Theorie von *Rawls* nur als unbegründet angesehen werden, was seine spätere Abwendung von dem entscheidungstheoretischen Ansatz verständlich macht[121].

2. *Zur Kritik an J. Rawls Gerechtigkeit als Fairneß*

Die ältere Fairneßtheorie zeichnet sich durch die weitgehenden Wissensbeschränkungen der Parteien hinter dem Schleier des Nichtwissens aus. Sie führt letztlich dazu, daß alle persönlichen Fähigkeiten der Parteien sozialisiert werden. Niemand kann für die eigenen Talente Partei ergreifen, wenn er sie nicht kennt. Wer also tüchtiger, kräftiger, intelligenter ist als andere, muß das in der Fairneßkonzeption von *Rawls* ignorieren. Durch diese gleichmacherischen Prämissen nutzt die Gerechtigkeitstheorie zwar weiterhin das Darstellungmittel des Vertrags, löst sich aber vom kontraktualistischen Rationalitätskonzept[122], denn die Parteien treten nicht länger in eine Verhandlung über den Ausgleich ihrer gegenseitigen Interessen, sondern sind konstruktiv so stark einander angeglichen, daß jede Partei die gleichen Überlegungen anstellen muß.

Durch diese Verzerrung des Vertragsmodells bei *Rawls* wird eine generelle Schwäche der Sozialvertragstheorien deutlich: ihre konstruktive Beliebigkeit[123]. Je nachdem, wie der Urzustand oder Naturzustand geschildert wird, können ganz gegensätzliche Sozialordnungen als gerecht begründet werden. Dieser Mangel entspricht dem altbekannten Problem der Entscheidungstheorien, daß die Entscheidung mit der Gestaltung der Entscheidungssituation durch den Theoretiker bereits präju-

---

119 Dazu oben S. 180 ff. (Theorie der Maximin-Wahl).

120 *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 14; *A. Weale,* Limits of Democracy (1989), S. 45; *R.A. Posner,* Economic Analysis of Law (1992), S. 462 f. Vgl. auch *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 117; *M.R. Deckert,* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 200 f. – Zusammenfassung der Kritik.

121 Zu diesem Richtungswechsel siehe S. 180 ff. (Theorie der Maximin-Wahl).

122 Zur Differenz zwischen dem Vertrag als Darstellungsmittel und dem Vertrag als Rationalitätskonzept siehe oben S. 98 ff. (Vertrag).

123 Vgl. *W. Kersting,* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994), S. 52: »[D]ie generellen Gültigkeitsbedingungen des rechtfertigungstheoretischen Kontraktualismus: seine Begründungsleistungen sind abhängig von den Bestimmungen der Vertragssituation«.

diziert ist[124]. Bei Vertragstheorien führt die Natur- oder Urzustandskonstruktion in aller Regel zu einer Zirkularität der Begründung[125]. Eindrücklich illustriert wird diese Beliebigkeit durch die auffällige Differenz zwischen der als gerecht erkannten egalitären Sozialordnung bei *Rawls* und dem libertären Minimalstaat bei *Nozick*. Der Vergleich zeigt, wie weit die Ergebnisse von Sozialvertragstheorien auseinanderfallen können. Eine solche Ergebnisdifferenz folgt nicht allein daraus, daß *Rawls* eine kantische und *Nozick* eine hobbesianische Theorie begründet. Auch innerhalb der kantischen Tradition gibt es erhebliche Unterschiede je nach Ausgestaltung der kontraktuellen Ausgangsposition[126]. Als grundlegende Kritik kann deshalb festgestellt werden: Das Modell des Sozialvertrags bietet allein keine überzeugende Grundlage für die Begründung von Gerechtigkeit.

3. *Zur Kritik an J. Rawls politischem Liberalismus*

Die neuere Liberalismustheorie von *Rawls* wendet sich weitgehend von dem älteren Modell ab. Nicht die Deduktion eines sozialen Ideals aus einem hypothetischen Sozialvertrag, sondern die Möglichkeit und Notwendigkeit einer freistehenden Konzeption der Gerechtigkeit, getragen von einem übergreifenden Konsens in der realen Welt, wird zum Ziel der Gerechtigkeitsbegründung. Darin liegt zwar noch keine Synthese von Kommunitarismus und Liberalismus[127], doch eine deutliche Abwendung von dem ursprünglichen Sozialvertragsmodell der Begründung von Gerechtigkeitsnormen[128]. Die neue methodische Einbettung der Gerechtigkeitstheorie führt dazu, daß die ursprünglichen Gerechtigkeitsprinzipien (N_1 N_2[129]), selbst nach ihrer inhaltlichen Änderung durch *Rawls* (N_1' N_2'[130]), kaum noch als realistisches Ergebnis der Theorie angesehen werden können. Die kritische Rezeption der Theorie hat sich deshalb verlagert. Sie konzentriert sich nicht länger auf das problematische Differenzprinzip, das ohnehin kein realistischer Kandidat für einen übergreifenden Konsens sein kann[131], sondern fragt, ob es überhaupt möglich und notwendig ist, einen solchen übergreifenden Konsens herzustellen, also eine Konzeption der Gerechtigkeit, die 'freistehend' in dem Sinne ist, daß sie aus der Perspektive unterschiedlich-

---

124 *P. Ricœur,* Soi-même comme un autre (1990), S. 274: »Ma thèse est que cette conception fournit au mieux la formalisation d'un sens de la justice qui ne cesse d'être présupposé.« *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 117 kennzeichnet diese Zirkularität als das Hauptproblem aller Entscheidungstheorien.

125 *P. Prechtl,* Gerechtigkeit und Individualität (1990), S. 176 f. m.w.N. Zur Zirkularität speziell in *Rawls'* Theorie etwa *M. Köhler,* Iustitia distributiva (1993), S. 474. *P. Schnepel,* Liberalismus als Theorie der amerikanischen Gesellschaft (1995), S. 156 verortet die Zirkularität, die in der älteren Theorie bei der Gestaltung des Urzustands lag, außerdem in der neueren Theorie bei der Idee eines übergreifenden Konsenses.

126 Vgl. etwa oben S. 211 ff. (Theorie der Gerechtigkeit als Unabweisbarkeit; *Scanlon*).

127 So aber *P. Schnepel,* Liberalismus als Theorie der amerikanischen Gesellschaft (1995), S. 156.

128 Zur grundlegenden Bedeutung des Methodenwechsels bereits oben S. 199 ff. (Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß).

129 Dazu oben S. 203 (Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit).

130 Dazu oben S. 209 (Neue Gerechtigkeitsprinzipien).

131 Bezeichnenderweise hält *Rawls* das Differenzprinzip selbst nicht für geeignet, auf die Verteilungsfragen innerhalb der Völkergemeinschaft ausgedehnt zu werden; *J. Rawls,* Das Völkerrecht (1993), S. 87.

ster Konzeptionen des Guten (Religionen, Moralphilosophien) befürwortet werden könnte.

Beides, sowohl die Möglichkeit wie die Notwendigkeit einer freistehenden Konzeption der Gerechtigkeit, ist zweifelhaft. Das gilt jedenfalls für diejenigen Gerechtigkeitsprinzipien, die *Rawls* vorgeschlagen hat. Auch zeigt sich, daß der politische Liberalismus nur vordergründig eine moralisch zielneutrale Konzeption ist, da er tatsächlich alle wichtigen moralischen Normen im Interesse der Stabilität explizit festlegt und abweichende Konzeptionen als irrational ausschließt[132].

Doch mögen solche Bedenken überwindbar sein, wenn man wie *Jansen* den methodischen Ansatz der freistehenden Konzenption der Gerechtigkeit von *Rawls* neu ausfüllt[133]. Als Beispiel für eine freistehende Konzeption, die real möglich erscheint, führt *Jansen* die Werkinterpretation unter Kammermusikern an. Diese müssen eine einheitliche Interpretation finden, obwohl sie unter Umständen von ganz unterschiedlichen Vorstellungen ausgehen. Anders als in einem Symphonieorchester, das der Autorität des Dirigenten gehorcht, müssen die Kammermusiker untereinander selbst eine Lösung finden. Diese gemeinsame Interpretation tritt *neben* diejenige, die aus Sicht des einzelnen Musikers richtig wäre. Niemand kann seine eigene Interpretationsvorstellung ganz durchsetzen. Die individuellen Ansichten werden gleichwohl nicht widerlegt, sondern lediglich im Interesse eines gemeinsamen Werkverständnisses zurückgestellt. Ein Mittel, die so verstandene freistehende Konzeption in der Sozialordnung real möglich zu machen, besteht nach *Jansen* darin, die Prinzipienstruktur von Gerechtigkeitsnormen zu nutzen. Die Prinzipienstruktur erlaubt durch das Konzept der Abwägung die Berücksichtigung kollidierender Normen[134]. Sie ist darum in besonderer Weise geeignet, zu einer freistehenden Konzeption der Gerechtigkeit beizutragen und wird dann zu einer *freistehenden Prinzipienkonzeption der Gerechtigkeit,* die ihren realen Niederschlag in einem Konsens über eine Grundrechtsordnung findet, in der die widerstreitenden Interessen durch eine Abwägung zwischen divergierenden Grundrechtsnormen zu einem fairen Ausgleich gebracht werden. Bei alledem wird deutlich, daß freistehende Konzeptionen der Gerechtigkeit mit dem ursprünglichen Sozialvertragsmodell von *Rawls* nichts mehr gemein haben. Sie bilden einen *Neubeginn,* der am ehesten mit den Darstellungsmitteln der *Standpunkt- oder Diskurstheorien* ausgearbeitet werden könnte, was indes noch aussteht.

---

[132] Zu dieser Kritik *P. Schnepel,* Liberalismus als Theorie der amerikanischen Gesellschaft (1995), S. 154.

[133] In der Rekonstruktion von *N. Jansen,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 271 ff., ist eine freistehende Konzeption der Gerechtigkeit durch vier Elemente gekennzeichnet: *Erstens* ist sie das Ergebnis einer moralischen Einigung, nicht das einer gemeinsamen Erkenntnis. *Zweitens* bildet sie neben individuellen Überzeugungen ein zusätzliches Element einer gemeinsamen Moral. *Drittens* ist eine freistehende Konzeption dabei unabhängig von einzelnen weltanschaulichen Konzeptionen der Moral begründet. *Viertens* muß sie sämtliche als relevant behauptete Argumente berücksichtigen.

[134] *N. Jansen,* Validity of Public Morality (1988), S. 10; *ders.,* Struktur der Gerechtigkeit (1998), S. 267 ff. Ähnlich zum Potential der Abwägung unter Prinzipien, wenn auch anders in der Analyse des Abwägungsvorgangs: *J.-R. Sieckmann,* Zur Begründung von Abwägungsurteilen (1995), S. 45 ff. (46 ff.).

Zusammenfassend kann am Beispiel der *Rawls*schen Theorie festgehalten werden: Das Modell des Sozialvertrags bietet allein keine überzeugende Grundlage für die Begründung von Gerechtigkeit. Eine freistehende Prinzipienkonstruktion der Gerechtigkeit mag eine überzeugendere Begründung ermöglichen, harrt aber noch einer inhaltlichen Ausarbeitung. Bisher können weder *Rawls* Gerechtigkeitstheorie, noch die Versuche zu ihrer Rettung überzeugen.

4. Zur Kritik an T.M. Scanlon, B. Barry und T. Nagel

Was bei *Rawls* 'Gerechtigkeit als Fairneß' stellvertretend für alle Vertragstheorien kritisiert wurde, daß sie sich nämlich dem Problem konstruktiver Beliebigkeit ausgesetzt sehen, weil sie in den Ur- oder Naturzustand bereits substantielle Annahmen aufnehmen, die das Ergebnis präjudizieren, kann auch für die Theorien von *Scanlon, Barry* und *Nagel* belegt werden. Beim *Scanlon*-Kriterium (T_S) hat sich gezeigt, daß die 'Unerzwungenheit' in einem (aus der Formulierung selbst nicht ersichtlichen) *egalitären* Sinn gemeint ist; eine schwächere Verhandlungsposition einzelner Teilnehmer ist nicht erlaubt. *Scanlon* sagt nichts darüber, ob eine vernünftigerweise nicht zurückweisbare Vereinbarung möglich ist, wenn die Voraussetzung der gleichen Verhandlungsmacht fehlt. Man wird angesichts des Gewichts, das dieses egalitäre Element hat, wohl annehmen müssen, daß T_S nicht länger als hinreichendes Abgrenzungskriterium zwischen Ungerechtigkeit und Gerechtigkeit angesehen werden kann, wenn die Ausgangspositionen ungleich sind. Dadurch aber wird die Gerechtigkeitsbegründung bei *Scanlon* ähnlich zirkulär wie bei *Rawls*: Gerechtigkeit richtet sich nach Unabweisbarkeit, die wiederum nur bei Gleichheit gilt, also unter Bedingungen, die eines der Kernelemente der Gerechtigkeit bereits enthalten[135]. Indem *Barry* auf das *Scanlon*-Kriterium zurückgreift, setzt sich seine Theorie derselben Kritik aus. Entsprechendes gilt für *Nagels* Theorie; hier verbirgt sich die Voraussetzung der Egalität in der 'vernünftigen' Parteilichkeit[136].

II. Zur Kritik der Standpunkttheorien

Beobachter- und andere Standpunkttheorien unterscheiden sich von Sozialvertrags- und Diskurstheorien zentral dadurch, daß sie bei der Begründung von Gerechtigkeit auf eine *dialogische* Argumentation verzichten. Auf die Frage, was eine Handlung gerecht macht, geben sie eine *monologisch* konzipierte Antwort. Als gerecht ist danach das anzusehen, was eine einzelne Person nach reiflicher Überlegung als richtig erkennt. Die Analyse und Kritik der Standpunkttheorien kann bei der Frage ansetzen, ob gute Gründe besser durch dialogisch konzipierte oder durch monologisch konzipierte Kriterien identifiziert werden können. Die Antwort auf diese Frage soll auf den hier interessierenden Bereich der praktischen Vernunft beschränkt bleiben; sie kann in zwei Schritten gegeben werden. In einem ersten Schritt ist zu zeigen, was eine monologische von einer dialogischen Konzeption praktischer Vernunft unterscheidet. Erst dann kann als Kritik an den Standpunkttheorien begründet werden,

---

135 Vgl. oben S. 56 ff. (Gleichheitsbezug der Gerechtigkeit).

136 Dazu oben S. 214 ('vernünftige' Parteilichkeit).

warum die dialogische Konzeption zumindest für Gerechtigkeitsfragen vorzugswürdig ist.

Zu den Eigenheiten jeder *monologischen Konzeption* der praktischen Vernunft gehört, daß sie sich den Prozeß der Begründung in einer einzigen Person denkt. Das beste Beispiel für eine solche Konzeption ist die Beobachtertheorie, wie sie vor allem von *Nagel* vertreten wird[137]. Eine Beobachtertheorie gleicht den dialogischen Theorien darin, daß sie ein gewisses Maß an Unparteilichkeit voraussetzt, um von guten Gründen zu sprechen. Anders als bei dialogischen Theorien wird aber behauptet, daß diese Unparteilichkeit von einer einzigen Person sichergestellt werden kann. Nach *Nagel* nimmt der über richtiges Handeln Nachdenkende (*moral agent*) eine innere Haltung ein, die in einem angemessenen Maße neben den eigenen Interessen auch die Interessen aller anderen zur Geltung kommen läßt. Es ist eine Perspektive wohlabgewogenen Gleichgewichts zwischen subjektiven Bedürfnissen und objektiven Erfordernissen. Der *'moral agent'* tritt gewissermaßen aus sich selbst heraus und wird zum Beobachter. Was in dieser selbstentrückten Perspektive des Beobachtens an Einsicht gewonnen werden kann, trägt dann ein Maß an Unparteilichkeit in sich, das es zu einem guten Grund macht.

Die Eigenheit *dialogischer Konzeptionen* der praktischen Vernunft besteht demgegenüber darin, die Unparteilichkeit durch eine Vielfalt gleichberechtigter oder gleichberechtigt vertretener Personen sicherzustellen. Wer mehr als eine Person zu Wort kommen läßt, hat bereits Unparteilichkeit erreicht, wenn die Teilnahme der einzelnen Person gleichberechtigt und zwangsfrei erfolgt. Die unterschiedlichen Interessen werden nicht durch individuelle Entrückung, sondern durch individuelle Repräsentation geltend gemacht. Diese Repräsentation kann dabei je nach dialogischer Konzeption sehr unterschiedlich ausfallen. Eine Entscheidungstheorie wie die von *Gauthier* wird die einzelnen Personen immer im Vollbesitz all ihrer tatsächlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Unterschiede sehen, eine Theorie wie die von *Rawls* hingegen wird durch einen Schleier des Nichtwissens zusätzliche Unparteilichkeit auch innerhalb der einzelnen Person erzeugen und eine Argumentationstheorie schließlich wird weitergehende Anforderungen an gute Gründe stellen, die über die Vertretung von Einzelinteressen hinausgehen. Gemeinsam ist allen dialogischen Konzeptionen nur, daß sie darauf verzichten können, den Einen zu innerer Distanz zu zwingen, indem sie ihm einen Anderen gegenüberstellen, so daß sich im Zusammenwirken beider die Unparteilichkeit ergibt. Während monologische Konzeptionen praktischer Vernunft also einen *Binnenpluralismus* voraussetzen, beruhen dialogische Konzeptionen auf einem *Außenpluralismus* der geltend gemachten Gründe.

Warum ist nun eine dialogische Konzeption praktischer Vernunft – zumindest für den hier interessierenden Anwendungsbereich – vorzugswürdig? Es geht hier darum, bestimmte Gründe als gute Gründe zu identifizieren, also als solche, die Wahrheit oder Richtigkeit belegen können. In den betrachteten Theorien der praktischen Vernunft geht es allein um Richtigkeit. Es kann darum dahingestellt bleiben, ob sich monologische Konzeptionen im Bereich des Beweisens (Wahrheit) gleich gut bewähren wie dialogische Konzeptionen. Es genügt schon zu zeigen, daß sie bei praktischen Fragen, also beim 'nichtbeweisenden' Begründen von Handlungsnor-

---

[137] Dazu oben S. 212 ff. (Theorie des unparteiischen Beobachters).

men, weniger geeignet sind, gute Gründe zu identifizieren. Dies indes kann mit folgender Argumentation belegt werden.

Bei praktischen Fragen ist die persönliche Voreingenommenheit in aller Regel größer als bei solchen über beweisbare Tatsachen. Wer über Handeln urteilt, tut dies immer vor dem Hintergrund der eigenen vergangenen und geplanten zukünftigen Aktivität – er ist befangen. Bezogen auf beweisbare Tatsachen wird sich eine solche Befangenheit nur selten einstellen. Damit kommt in Fragen des Handelns der Herstellung von Unparteilichkeit eine größere Bedeutung zu. Es ist folglich unter verschiedenen Konzeptionen der praktischen Vernunft diejenige vorzugswürdig, bei der eher zu erwarten ist, daß sie die Unparteilichkeit tatsächlich herstellen kann. Während dialogische Konzeptionen dies durch eine Mehrzahl von frei und gleich agierenden Teilnehmern garantieren, sind monologische Konzeptionen auf die innere Distanzierung von persönlichen Interessen und Meinungen angewiesen. In hypothetischen Idealsituationen mag die innere Distanzierung (Binnenpluralismus) gleich gut gelingen wie die äußere Pluralität der Ansichten. Bei einer Übertragung auf reale Situationen des praktischen Vernunftgebrauchs wird dagegen in aller Regel eine äußere Meinungsvielfalt einfacher und umfassender herzustellen sein als die psychologisch anspruchsvolle, tendenziell schwer kontrollierbare und kaum jemals umfassende *innere* Distanzierung von eigenen Überzeugungen. Monologische Konzeptionen der praktischen Vernunft stoßen dadurch auf zusätzliche Probleme[138], dialogische Konzeptionen haben zumindest einen heuristischen Vorteil[139]. Abgesehen von einigen Sondersituationen, in denen (friedliche) Pluralität der Meinungen unter verschiedenen Personen schlechterdings nicht herzustellen ist, sollten deshalb dialogische Konzeptionen der praktischen Vernunft den monologischen vorgezogen werden. Durch die Einbindung der Argumente in eine kommunikative – d.h. nicht bloß monologische – Struktur kann das größtmögliche Maß an Rationalität realisiert werden[140].

III. Zur Kritik der Diskurstheorien

Am diskurstheoretischen Ansatz ist vielfältige Kritik geübt worden[141], die in allen ihren Facetten und in den unterschiedlichen Ansatzpunkten zu ihrer Widerlegung[142]

---

138 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 224 mit Fn. 11 – zusätzliche Probleme müßten auch bei einer Theorie des 'inneren Diskurses' gelöst werden.

139 Das ist selbst bei diskurskritischer Betrachtung zuzugestehen: *H. Koriath,* Diskurs und Strafrecht (1999), S. 193: »Der Diskurs ist ein heuristisches Mittel, Begründungen enthält er nicht.«

140 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 409.

141 Etwa bei *E. Tugendhat,* Probleme der Ethik (1984), S. 108 ff. (monologisches statt dialogisches Rationalitätskonzept); *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 17 ff. (Inhaltsleere); *ders.,* Über Gerechtigkeit (1993), S. 301 ff., 320 (Rangordnung der Argumente); *H. Keuth,* Erkenntnis oder Entscheidung (1993), S. 203 ff., 347 ff. (Beliebigkeit der Begründung); *O. Weinberger,* Conflicting Views on Practical Rationality (1992), S. 256 ff. (260) (Konsens als 'Pseudo-Argument'); *ders.,* Über die Kultur der politischen Argumentation (1994), S. 150; *ders.,* Habermas on Democracy and Justice (1994), S. 242 (Konvergenzbeweis); *ders.,* Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie (1996), S. 428 ff. (Diskurs als 'schlechte Idealisierung'); *U. Steinhoff,* Probleme der Legitimation (1996), S. 449 ff.

hier nicht im einzelnen dargestellt werden kann[143]. Statt dessen konzentriert sich die Untersuchung auf einige Punkte, die der Klärung bedürfen, bevor im fünften und letzten Teil die Grundzüge einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit dargelegt werden können.

1. *Zur Kritik des Richtigkeitsanspruchs*

Begreift man praktische Richtigkeit diskurstheoretisch, so gilt eine Handlungsnorm genau dann als richtig, wenn sie das Ergebnis der Prozedur des rationalen praktischen Diskurses sein kann[144]. Dieser Zusammenhang kann als *Richtigkeitsanspruch* in der Diskurstheorie bezeichnet werden. Das 'Ergebnis der Prozedur' besteht in einem Konsens. Die Diskurstheorie ist folglich eine *Konsensustheorie der Richtigkeit.* Diese Verbindung von Richtigkeit mit Konsens hat in besonderem Maße die Kritik derjenigen herausgefordert, die eine Korrespondenz- oder eine Konvergenztheorie der Richtigkeit vertreten[145]. Im Kern geht es bei der Kritik um die Frage, ob eine Einhaltung von Diskursregeln als Kriterium zur Begründung praktischer Richtigkeit genügt[146]. Dabei können vor allem vier Einzelkritiken unterschieden werden. *Erstens* die Aussage, daß es in Diskursen nicht notwendig zu einem Konsens kommt. *Zweitens* die Feststellung, daß nur ein relativer Begriff der Richtigkeit gebildet werden kann. *Drittens* die Behauptung, die Einhaltung von Diskursregeln habe mit Richtigkeit überhaupt nichts zu tun. Und *viertens* der Hinweis, die Diskurstheorie könne zwar die Richtigkeit moralischen, nicht aber diejenige pragmatischen oder ethischen Handelns begründen.

Zur *ersten* Kritik: Die Aussage, daß es in Diskursen nicht notwendig zu einem Konsens kommt, enthält für diejenigen eine Kritik, die (explizit oder implizit) fordern, es müsse ein Kriterium geben, das *in jedem Fall* eine definitive Entscheidung der Richtigkeitsfrage möglich macht. Anfechtbar ist daran schon die Voraussetzung,

---

142 Ansätze zur Widerlegung etwa bei *J. Habermas,* Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln (1983), S. 78 ff.; *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 399 ff. – 'Antwort auf einige Kritiker'.

143 Das gilt etwa für die Unterscheidung von Anwendungs- und Begründungsdiskursen; dafür vor allem *K. Günther,* Sinn für Angemessenheit (1988), S. 25 ff., 50, 65 ff.; zustimmend *J. Habermas,* Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 138 ff.; dagegen *R. Alexy,* Normbegründung und Normanwendung (1993), S. 52 ff. Zum Ganzen oben S. 222 (Anwendungsdiskurs?).

144 *R. Alexy,* Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation (1979), S. 95; vgl. oben S. 218 (D_R).

145 Etwa *P. Gril,* Möglichkeit praktischer Erkenntnis (1998), S. 161 ff. Zu Korrespondenztheorien etwa *L.B. Puntel,* Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie (1978), S. 26 ff. Für eine Konvergenztheorie insbesondere *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 440 ff.; *ders.,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 19; *O. Weinberger,* Habermas on Democracy and Justice. Limits of a Sound Conception (1994), S. 240 ff., 244 m.w.N. Vgl. *M.R. Deckert,* Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 208 ff. – Zusammenfassung der Positionen.

146 Hinzuweisen ist insbesondere auf die Kritik *Weinbergers,* der die Prozedur des rationalen Diskurses damit kritisiert, daß ein für ihre Plausibilität notwendiger Konvergenzbeweis fehle; *O. Weinberger,* Habermas on Democracy and Justice (1994), S. 242; sinngemäß ebenso *ders.,* Über die Kultur der politischen Argumentation (1994), S. 150. Vgl. zu unterschiedlicher Kritik in dieser Richtung *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 410 ff.

daß eine Theorie derart 'entscheidungsdefinit' sein soll[147]. Die Aussage selbst ist für reale Diskurse trivial: Kein reales Verfahren kann je sicherstellen, daß alle Beteiligten sich in jeder potentiellen Frage auf ein Ergebnis einigen werden (Konsens). Für ideale Diskurse ist die Aussage nicht trivial. Es ist nicht entscheidbar, ob es in jeder Sachfrage zu einem Konsens kommen müßte oder nicht. Denn die idealen Bedingungen, insbesondere die unbegrenzte Zeit, lassen sich niemals herstellen[148] und sichere Prognosen darüber, wie sich reale Personen als Diskursteilnehmer in einem *idealen* Diskurs bezüglich aller denkbaren Gegenstände verhalten würden, können nicht getroffen werden[149]. Bei der Gewichtung solcher Kritik muß berücksichtigt werden, daß ein Rest an Ungewißheit unausweichlich erscheint; selbst für Erkenntnisse der Naturwissenschaften kann von endgültiger Gewißheit kein Rede sein[150]. Daß eine Konsensustheorie der Richtigkeit derartige Gewißheit nicht herstellen kann, ist darum wenig verwunderlich und allein noch kein Mangel.

Zur *zweiten* Kritik: Ähnlich verhält es sich mit dem relativen Richtigkeitsbegriff. Eine Diskurstheorie muß für reale Diskurse mit einem relativen Richtigkeitsbegriff operieren. Das gilt nicht nur, wenn man auf einen Letztbegründungsanspruch verzichtet[151], sondern in jeder Form der Diskurstheorie, weil die Bedingungen des idealen Diskurses in der Realität nur unvollständig verwirklicht werden können[152]. So, wie der ideale Diskurs für reale Diskurse als eine regulative Idee wirkt[153], so bildet auch der absolute Richtigkeitsbegriff eine regulative Idee für den relativen Richtigkeitsbegriff der Diskursrealität[154]: Es muß stets nach nur einem, absolut richtigen Ergebnis gesucht werden, obwohl real nie mehr als relative Richtigkeit im Diskurs zu erreichen ist. Wenn beispielsweise die Beteiligten eines realen Diskurses sich zu einem Zeitpunkt T1 auf die Richtigkeit der Gerechtigkeitsnorm N einigen, zu einem späteren Zeitpunkt T2 aber über das genaue Gegenteil, ¬N, einen Konsens erzielen können, dann ist N 'richtig relativ zu T1' und ¬N 'richtig relativ zu T2', doch es läßt sich weder für N noch für ¬N je sagen, die Gerechtigkeitsnorm sei *absolut*, also zu jeder Zeit, richtig[155].

Der relative Richtigkeitsbegriff ist allein noch kein Mangel der Diskurstheorie. Er stellt sich als Konsequenz aus der Widerlegbarkeit praktischer Erkenntnis dar. Es ist kein Fehler, sondern ein Qualitätsmerkmal, wenn eine Theorie definieren kann, unter

---

147 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 416 – Analyse der Kritik.

148 Dazu oben S. 218 ff. (D_{Di}).

149 *R. Alexy,* Theorie der juritischen Argumentation (1991), S. 412. Zur Möglichkeit, bezüglich *einzelner* Gegenstände praktischer Diskurse eine *unmittelbare* Begründung (unabhängig von der Durchführung einzelner Diskurse) vorzunehmen, vgl. unten S. 310 ff. (Begründung von Gerechtigkeitsnormen).

150 Hierzu und zum Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 356.

151 Vgl. oben S. 233 ff. (Letztbegründung bei *Apel*), S. 261 ff. (Münchhausen-Trilemma).

152 Dazu oben S. 218 (D_{Di}).

153 Dazu oben S. 218 (D_{Dr}).

154 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 414 f. – unter Bezugnahme auf das 'regulative Prinzip der Vernunft' und den 'regulativen Gebrauch des Verstandes' bei *I. Kant,* KrV (1781), A 509 / B 537, A 644 / B 672.

155 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 413 f.

welchen Bedingungen ihre Ergebnisse falsifizierbar sind[156]. Soweit diskurstheoretisch begründete Anforderungen bestimmt werden können, unter denen reale Diskurse *relativ* zu ihren Bedingungen (Zeitpunkt, Teilnehmer, Dauer u.v.m.) richtige und damit gerechte Ergebnisse hervorbringen, ist allein in dieser Bedingungsdefinition ein Erkenntnisgewinn zu sehen[157]. Diskursive Überprüfung führt zwar nicht in den Bereich der Sicherheit, aber immerhin aus dem Bereich des bloßen Meinens hinaus[158]. Außerdem bietet das diskurstheoretische Erkenntnismodell die Möglichkeit, Normen nicht nur *in Diskursen,* sondern auch *unabhängig von konkreten Diskursen* zu begründen[159]. Insoweit kann nicht nur relative, sondern absolute Richtigkeit geltend gemacht werden, was unter anderem die diskurstheoretische Begründung universeller Menschenrechte möglich macht[160].

Zur *dritten* Kritik: Eine grundlegende Kritik liegt in der Behauptung, die Einhaltung von Diskursregeln habe mit Richtigkeit überhaupt nichts zu tun, weil nicht zu beweisen sei, daß formale Verfahrensregeln eine Annäherung an inhaltliche Richtigkeit bewirken könnten (Konvergenzbeweis[161]). Die geforderte Konvergenz ist »die Ineinssetzung verschiedener, von verschiedenen Subjekten herrührender und untereinander unabhängiger Erkenntnisse von demselben Seienden.«[162] Sie soll »nicht nur ein Mittel zur Erkenntnis des Konkreten, sondern auch ein *Kriterium der Wahrheit*« sein[163]. Worin eine solche Konvergenz zu sehen ist, kann unterschiedlich beurteilt werden. Es sind zwei Formen der Annäherung vorstellbar, deren eine uneinlösbar und deren andere, entgegen der Idee der Konvergenztheorie[164], inhaltsleer ist. Uneinlösbar ist die Forderung, praktische Erkenntnis müsse in einem Prozeß *stetiger* Annäherung erfolgen, also so, daß jedes neue (Zwischen-)Ergebnis garantiert näher an der wirklichen Richtigkeit oder Wahrheit, dem 'Seienden an sich'[165], liegt als alle vorausgegangenen[166]. Menschliche Fehlbarkeit schließt eine solche irrtumsfreie Ziel-

---

[156] Dazu oben S. 264, Fn. 20.

[157] Dazu unten S. 312 ff. (Begründung von Gerechtigkeitsnormen; mittelbare Begründung).

[158] *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 416.

[159] Dazu unten S. 310 ff. (Begründung von Gerechtigkeitsnormen; unmittelbare Begründung).

[160] Dazu unten S. 317 ff. (Begründung von Menschenrechten und Demokratie).

[161] *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 440 ff.; *ders.,* Recht und Rationalität (1988), S. 34 ff.

[162] *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 441.

[163] *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 441 (Hervorhebung bei *Kaufmann*).

[164] Die Konvergenztheorie will sich von prozeduralen Theorien ja gerade dadurch abgrenzen, daß ihre Inhalte nicht 'erschlichen' sind; vgl. *A. Kaufmann,* Recht und Rationalität (1988), S. 34; *ders.,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 11 ff. Mittels der Anerkennung der Person will sie den formal definierten Diskurs um einen Gehalt erweitern und so »das Fundament einer *sachlich begründeten prozeduralen Theorie richtigen Rechts«* legen; *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 442 (Hervorhebung bei *Kaufmann*).

[165] *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 441.

[166] Von dieser Art der *stetigen* Kovergenz scheint *Kaufmann* auszugehen; vgl. *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 441: Es gelte, »daß die subjektiven Momente sich nicht wieder nachträglich zu einer Einheit zusammenschließen lassen, sondern, gegeneinander gehalten, sich gegenseitig abschwächen oder sogar aufheben. Die objektiven Momente weisen dagegen alle auf den Einheitspunkt des Seienden an sich hin und bewähren sich so als begründet.«

strebigkeit aus[167]. Weder der Diskurs noch irgendein anderes Verfahren kann garantieren, daß Menschen stets gute Einfälle haben oder gute Urteile treffen. Es gibt deshalb keine Garantie, daß sich subjektive Momente solange gegenseitig abschwächen, bis die objektiven Elemente deutlich hervortreten[168]. Ein Konvergenzbeweis in diesem starken Sinne kann nicht erbracht werden. Geht man andersherum davon aus, die Erkenntnis müsse wenigstens langfristig in einem Prozeß der *nichtstetigen* Annäherung erfolgen, dann wäre für kein einzelnes Ergebnis sicher, daß genau dieser Schritt eine Annäherung an die absolute Richtigkeit statt eine (vorübergehende) Entfernung von ihr bedeutet. Ein solcher schwacher Konvergenzbeweis, wenn er überhaupt erbracht werden kann, wäre für die Beurteilung des Erkenntnisgewinns durch *einzelne* Ergebnisse ohne inhaltliche Aussage. Eine Konvergenztheorie der Richtigkeit vermag die Schwächen einer Konsenstheorie nicht zu überbrücken.

Zur *vierten* Kritik: Schließlich kann eine Kritik darin bestehen, die Diskurstheorie sei in Diskursen über die Richtigkeit des Rechts auf *moralische* Argumentation beschränkt, könne hingegen diejenige des pragmatischen oder ethischen Handelns nicht erklären[169]. Auch diese Kritik verfängt nicht. Wenn die Diskurstheorie davon ausgeht, man könne sich der Richtigkeit nur im Diskurs vergewissern[170], so folgt daraus noch nicht, daß pragmatische und ethische Argumente aus diesem Diskurs verbannt wären. Elemente rationalen Entscheidungsverhaltens oder konsequentialistischer Denkweise sind nicht ausgeschlossen[171]. In einem praktischen Diskurs können vielmehr moralische, ethische und pragmatische Fragen und Gründe miteinander verbunden werden[172]. Ein Diskurs kann deshalb sogar begründen, warum einzelne Entscheidungen gerade *nicht* diskursiv, sondern pragmatisch getroffen werden sollten. Es könnte sich beispielsweise im Diskurs eine marktwirtschaftlich kontrollierte Verteilung von Gütern als richtig erweisen, in der die einzelnen Handlungen nicht mehr diskursiv, sondern nach Kriterien rationalen Entscheidens gefällt werden. Allerdings bleibt bei allen Fragen letztlich der Diskurs kontrollierend. Ein nichtdiskursives Handelns ist genau so lange richtig, wie es sich in einem Diskurs als richtig begründen ließe.

Im Ergebnis erweisen sich die *allgemeinen* Bedenken gegen die Diskurstheorie als prozedurale Theorie der praktischen Richtigkeit nicht als durchschlagend. Zu prüfen bleibt die Kritik, die an einzelnen Formen der Diskurstheorie geltend gemacht werden kann.

---

167 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 403 – selbst von einem hinreichenden Erfindungs- und Urteilsvermögen könne ein mangelnder oder fehlerhafter Gebrauch gemacht werden.

168 So aber die Vorstellung bei *A. Kaufmann,* Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft (1986), S. 441.

169 Vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 283: »Nun liegt es nahe, die Diskurstheorie des Rechts nach dem Modell der besser untersuchten Diskursethik auszurichten. ... juristische Diskurse als Teilmenge moralischer Argumentation ...«. Dagegen *R. Alexy,* Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses (1995), S. 172 f.

170 Dazu oben S. 250 (T_R).

171 Zum Begriff des Konsequentialismus (*consequentialism*) siehe oben S. 152 (Charakteristika der aristotelischen Grundposition).

172 *R. Alexy,* Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses (1995), S. 173. So auch oben S. 250 (T_R).

2. *Zur Kritik an K.-O. Apels Transzendentalpragmatik*

Die Probleme, die sich allgemein mit einer Letztbegründung von Normen verbinden, sind bereits im Zusammenhang mit dem Münchhausen-Trilemma geschildert worden[173]. Ihnen ist auch *Apels* Transzendentalpragmatik ausgesetzt. Eine Kritik an diesem Letztbegründungsversuch muß dabei nicht in seine Widerlegung münden, sondern ergibt sich schon daraus, daß eine Letztbegründung jedenfalls für Fragen der Gerechtigkeit nicht notwendig erscheint[174]. Schon wenn für die menschliche Lebensweise, wie wir sie derzeit beobachten können, eine überzeugende Konzeption des richtigen Handelns gefunden wird, ist die Begründungsaufgabe einer Gerechtigkeitstheorie erfüllt.

Abgesehen von der Letztbegründung verdient auch *Apels* Erweiterung der Diskursethik zur Verantwortungsethik Kritik. Das Ergänzungsprinzip führt dazu, daß sich Kommunikationsteilnehmer in der realen Welt von der Einhaltung der Diskursregeln schon dann freimachen dürfen, wenn die Einhaltung durch alle anderen nicht sichergestellt ist. Da Diskursregeln real nie vollständig erfüllbar sind, verbirgt sich in diesem Doppelprinzip eine mögliche Schwächung der Diskurstheorie, deren reales Ausmaß nur schwer einzuschätzen ist. Wer sich durchweg auf den Standpunkt stellt, daß es angesichts der realen Umstände unzumutbar ist, sich in Diskursen zu verständigen, der kann dafür auf der Grundlage der *Apelschen* Verantwortungsethik immer Gründe anführen. Diese Entschuldigungswirkung führt real zu einer Schwächung der Diskurstheorie und kann damit letztlich nicht einmal das propagierte Ziel einer Steigerung der Verantwortung bewirken.

3. *Zur Kritik an J. Habermas Rekonstruktion des Rechts*

Für die Rezeption von *Habermas* Rekonstruktion des Rechts in 'Faktizität und Geltung' gilt ähnliches wie für *Rawls* Gerechtigkeitstheorie: Die Vielzahl der Argumente für und gegen die Konzeption ist nicht mehr überschaubar[175]. Die Analyse und Kritik muß sich darum hier auf eine Schlüsselstelle der Theorie beschränken, die im letzten Teil dieser Untersuchung erneut aufgegriffen wird[176].

a) *Zur Übertragbarkeit des Diskursprinzips auf das Recht*

Eine Schlüsselstelle in *Habermas* neuerer Theorie ist die Übertragung des Diskursprinzips auf das Recht. Die ersten und grundlegendsten Rechtskategorien stützt *Habermas* unmittelbar auf eine solche Übertragung: »Diese drei Kategorien von Rechten ergeben sich schon aus der Anwendung des Diskursprinzips auf das Rechtsmedium als solches«[177]. Damit werden oberste Grundrechtsgruppen eingeführt: das größtmö-

---

[173] Dazu oben S. 261 ff. (Münchhausen-Trilemma).

[174] *G. Patzig*, 'Principium diiudicationis' und 'Principium executionis' (1986), S. 218.

[175] Vgl. nur die 26 Symposionsbeiträge zum Thema 'Habermas on Law and Democracy' in: Cardozo Law Review 17 (1996), S. 767-1684; die 10 Beiträge im '*Habermas*-Sonderheft' Rechtstheorie 26 (1996), S. 271-473; *I. Maus*, Freiheitsrechte und Volkssouveränität (1995), S. 514 ff. u.v.m.

[176] Dazu unten S. 317 ff. (unmittelbare Begründung von Gerechtigkeitsnormen).

[177] *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 156.

gliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten, das Mitgliedschaftsrecht in der Gemeinschaft, der Anspruch auf Rechtsschutz[178]. Sie sollen zwar »noch nicht im Sinne von liberalen Abwehrrechten verstanden werden«, aber bereits »die Beziehungen der frei assoziierten Bürger untereinander regeln«[179], haben also den Status *vorpositiver* Rechte. Es soll sich bei ihnen um genau diejenigen Rechte handeln, die Bürger einander notwendig zuerkennen müssen, um ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln zu können[180]. *Habermas* stellt fest, seine »logische Genese dieser Rechte«[181] habe das Diskursprinzip »aus der Sicht eines Theoretikers an die Rechtsform gleichsam von außen herangetragen«[182].

Der genaue Inhalt dieser Begründung bleibt weitgehend offen für Interpretationen. Immerhin scheint *Habermas* bestimmte Sichtweisen explizit ausschließen zu wollen. Zunächst erschöpft sich seine Begründung der Grundrechtsgruppen *nicht* darin, daß diese in realen Prozessen von freien und gleichen Bürgern hervorgebracht werden. Vielmehr setzen die Rechtssubjekte solche Rechte notwendig voraus und erlangen erst *nach* der ersten Begründungsstufe auch »die Rolle von *Autoren* ihrer Rechtsordnung«[183]. Vor allem aber beschränken sich die Rechte nicht auf gegenseitige Ansprüche *innerhalb von Diskursen.* Wenn also von einem Recht *»auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten«* die Rede ist[184], so kommt dieses Recht jeder Person *auch außerhalb von Diskursen* zu. Nicht als Diskursteilnehmer, sondern im »Status von Rechtspersonen«[185] sind die Adressaten berechtigt und verpflichtet[186]; die Rechte sind nicht bloß subjektive Ansprüche aus objektiven Diskursregeln, sondern *universelle Menschenrechte*. Beispielsweise kommt die Meinungsfreiheit (als Ausdruck des Rechts auf weitestgehende subjektive Handlungsfreiheiten) den Menschen nicht deshalb zu, weil solche Freiheit für die freie und gleich *Teilnahme an Diskursen* notwendig vorausgesetzt werden muß, sondern weil jeder einzelne *als Person* einen Anspruch auf sie hat.

Die von *Habermas* ausgeschlossenen Interpretationen machen es jedoch nicht wesentlich einfacher, festzulegen, wie die Begründung der ersten drei Grundrechtsgruppen gemeint ist. Es geht konkret um folgende Aussage: »Mit dem Begriff der Rechtsform ... und dem Diskursprinzip ... verfügen wir über die Mittel, die ausreichen, um ... Kategorien von Rechten in abstracto einzuführen ... [Die] drei Kategorien von Rechten ergeben sich schon aus der Anwendung des Diskursprinzips auf das

---

178 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 155 f. Dazu oben S. 241 (Gerechtigkeitsprinzipien in Rechtsform).

179 Zur Vorpositivität ausdrücklich *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 156.

180 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 151, 155; die Ausführungen S. 157 ff. sind lediglich eine Inhaltsbestimmung der Grundrechtskategorien und enthalten keine weitergehende Begründung.

181 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 155.

182 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 160.

183 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 156 (Hervorhebung bei *Habermas*).

184 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 155 (Hervorhebung bei *Habermas*).

185 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 155.

186 Vgl. dazu die Betonung der *privaten* Autonomie bei *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 156.

Rechtsmedium als solches«[187]. Diese Aussage läßt mindestens drei Interpretationen zu:

(1) Die Rechte sind begründet, weil bereits der »*Begriff der Rechtsform«* sie voraussetzt.

(2) Die Rechte sind begründet, weil das Diskursprinzip[188] ihre Gültigkeit als Handlungsnormen *im Ergebnis bestimmt.*

(3) Die Rechte sind begründet, weil in Anwendung des Diskursprinzips festgestellt werden muß, daß rechtsförmige Handlungsnormen diese Rechte immer schon *voraussetzen.*

Für die erste Interpretation, nach der es allein auf das 'Recht' ankommt, sprechen Textstellen, in denen *Habermas* der »Rechtsförmigkeit« oder dem »System der Rechte« eigenständige Begründungskraft zuordnet[189]. Für die zweite Interpretation, nach der es allein auf das 'Diskursprinzip' ankommt, spricht, daß die ersten drei Grundrechtsgruppen »*vor* jeder objektiv-rechtlichen Organisation einer Staatsgewalt« begründet sein sollen[190]. Für die dritte Interpretation, nach der erst die Kombination beider Elemente die Begründung trägt, spricht die Aussage, daß der »entscheidende Gedanke« darin bestehe, »daß sich das Demokratieprinzip der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform verdankt.«[191]

b) Zur Begründungslücke bei J. Habermas

Unabhängig davon, welcher Interpretation man folgt, stößt man in *Habermas* Theorie auf folgendes Problem: Der Übergang von philosophischen Diskursvoraussetzungen zu universellen Menschenrechten ist nicht lückenlos begründet (Begründungslückenthese).

Bei Interpretation (1) ist diese Begründungslücke offensichtlich. Wie sollten sich aus der bloßen Form des Rechts so weitgehende inhaltliche Aussagen ableiten lassen, wie *Habermas* sie in Gestalt der ersten drei Grundrechtsgruppen vorstellt? Aber auch bei den Interpretationen (2) und (3) erweist sich die Begründung als lückenhaft. In beiden Fällen wäre das Diskursprinzip der Ausgangspunkt der Begründung. Dieses macht die Zustimmungsfähigkeit in rationalen Diskursen zum Kriterium der Richtig-

---

[187] *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 155 f.

[188] Dazu oben S. 240: »Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.«

[189] Etwa bei *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 156: »Diese drei Kategorien von Rechten ergeben sich schon aus der Anwendung des Diskursprinzips auf das Rechtsmedium als solches, das heißt auf die *Bedingungen der Rechtsförmigkeit* einer horizontalen Vergesellschaftung *überhaupt.*«; sowie S. 229: »Im Taumel dieser Freiheit gibt es keine Fixpunkte mehr außer dem des demokratischen Verfahrens selber – eines Verfahrens, dessen *Sinn schon im System der Rechte beschlossen* ist.« (Hervorhebungen hinzugefügt, *A.T.*).

[190] *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 156 (Hervorhebung bei *Habermas*).

[191] *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 154.

keit von Normen. Dabei kommen grundsätzlich reale und ideale Diskurse in Betracht[192]. Schon *Habermas* Aussage, daß die ersten drei Grundrechtsgruppen begründet seien, *bevor* es zu einer Autorenstellung der Rechtssubjekte komme, macht deutlich, daß er bezüglich dieser Rechte keine *realen* Diskurse als Grundlage der Normbegründung ansieht. Vor allem aber läßt sich die Richtigkeit von Normen *definitiv* nur in *idealen* Diskursen begründen. Wenn *Habermas* argumentiert, die Grundrechtsgruppen gehörten zu denjenigen Rechten, »die Bürger einander zuerkennen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben ... legitim regeln wollen«[193], so klingt das nach einer Legitimität, die durch ideale Diskurse *definitiv* begründbar ist[194].

Damit bleiben für eine Begründung der ersten Grundrechtsgruppen nur noch zwei Möglichkeiten. Entweder es wird postuliert, die Rechte müßten das *Ergebnis* eines idealen Diskurses sein – Interpretation (2) – oder es ist ein transzendentales Argument gemeint – Interpretation (3) –, nach dem die Grundrechte der ersten drei Gruppen *notwendig vorausgesetzt* werden müssen, wenn man überhaupt Rechte durch ideale Diskurse begründen will. Es spricht einiges dafür, daß sich für einzelne Rechte zeigen läßt, daß sie notwendiges *Ergebnis* eines idealen Diskurses sein müssen[195]; bei *Habermas* fehlt indes eine solche Begründung. Auch ein transzendentales Argument, nach dem in der Anerkennung des Diskursprinzips bestimmte Grundrechte *notwendig vorausgesetzt* sind, läßt sich vortragen[196]. Es kann aber nicht einfach davon ausgegangen werden, daß Diskurse die Geltung universeller Menschenrechte notwendig voraussetzen[197]. Für eine vollständige Begründung muß vielmehr der Schritt von der Anerkennung der Freiheiten im idealen Diskurs hin zur Anerkennung der Freiheiten im realen Handeln gelingen, für den bei *Habermas* bisher Argumente fehlen[198]. Letztlich weist seine Theorie bei der Übertragung des Diskursprinzips auf das Recht – gleich welche Interpretation man ihr geben mag – eine Begründungslücke auf[199]. Auch gegenüber anderen, meist an *Apel* und *Habermas* orienterten Versuchen einer diskurtheoretischen Begründung der Menschenrechte läßt sich diese Begründungslücke aufzeigen[200]. Ihr Gewicht wird nicht dadurch geringer, daß heute eine

---

[192] Vgl. oben S. 220 ff. (ideale und reale Diskurse). Diese Zweigleisigkeit der diskursiven Normbegründung findet sich in anderem Zusammenhang auch bei *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 47 f.: »Hingegen bemißt sich die *Legitimität* von Regeln ... letztlich daran, ob sie in einem rationalen Gesetzgebungsverfahren zustandegekommen sind – oder wenigstens unter pragmatischen, ethischen und moralischen Gesichtspunkten hätten gerechtfertigt werden können.« (Hervorhebung bei *Habermas*).

[193] *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 155.

[194] Anders begründet, nämlich durch *reale* Diskurse, sind bei *Habermas* die Normen, die sich aus dem demokratischen Prozeß ergeben; vgl. oben S. 242 ff. (deliberative Politik).

[195] Dazu unten S. 326 ff. (diskursiv notwendige Gerechtigkeitsnormen).

[196] Dazu oben S. 250 ff. (*Alexys* Begründung der Freiheit) sowie unten S. 321 ff. (diskurstheoretisch notwendige Gerechtigkeitsnormen).

[197] Ähnlich *E. Zimmermann,* Multideontische Logik und Prozedurale Rechtstheorie II (1999), S. 273 ff. – aus den Diskursregeln allein folgen keine normativen Prinzipien für den Bereich des Handelns.

[198] Ähnlich *K.T. Schuon,* Von der Diskursethik zur Gerechtigkeitstheorie (1990), S. 43 – Lücke zwischen Grundprinzipien der Diskursethik und einer politischen Theorie.

[199] Daran ändert auch die jüngere Argumentation nichts; vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1994), S. 670 ff.

[200] Das gilt beispielsweise gegenüber der Argumentation von *E. Arens,* Der Beitrag der Diskursethik zur universalen Begründung der Menschenrechte (1991), S. 69 f. zu erheben. Dort heißt es: »Zu-

weitgehende Übereinstimmung dahingehend besteht, die Demokratie als 'richtige' Regierungsform anzusehen[201]. Eine Begründung bleibt vielmehr schon deshalb erforderlich, weil die gegenwärtige Einigkeit in der Zukunft wieder in Frage gestellt werden könnte[202]. Außerdem gibt es nach wie vor kommunistische, autoritäre und religiös-fundamentalistische Staaten, denen gegenüber Menschenrechte und Demokratie der Begründung bedürfen. Daß die festgestellte Begründungslücke hier Schwierigkeiten aufwirft, soll im folgenden kurz illustriert werden.

c) *Zur Illustration der Begründungslücke: Können China, Singapur und der Iran nach Habermas Begründung gerecht sein?*

Die besondere Begründungsbedürftigkeit des Übergangs vom Diskursprinzip zu realen Rechten wird deutlich, wenn man die Theorie von *Habermas* mit den derzeitigen Sozialordnungen in China, Singapur und im Iran konfrontiert. Schon das erste Gerechtigkeitsprinzip und Grundrecht, nach dem das umfassendste System gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten gefordert ist, wird in diesen Ordnungen nicht erfüllt. Sie sind deshalb nach *Habermas* (wie übrigens auch nach *Rawls*[203] und *Alexy*[204] sowie nach den meisten Theorien universeller Menschenrechte[205]) im Ergebnis illegitim und ungerecht. Denkt man sich jeweils einen Regierungsvertreter dieser Staaten als habermasschen Diskurstheoretiker, so wird deutlich, welche Auswirkungen die Begründungslücke in *Habermas* Theorie auf deren Leistungsfähigkeit hat. Bei diesen Beispielen kann dahingestellt bleiben, ob die Charakterisierung der Staaten empirisch wahr ist. Es soll lediglich illustriert werden, inwieweit real mögliche und über längere Zeiträume stabile Sozialordnungen, die nicht dem Typus westlicher Demo-

---

gleich stellt sich die Frage, ob den diskursiv zu begründenden einzelnen Menschenrechten nicht ein in die Diskursethik strukturell eingebautes Menschenrecht zugrunde liegt, das seinerseits eben nicht Inhalt praktischer Diskurse, sondern Voraussetzung für ihr Zustandekommen und ihren Vollzug ist, mithin zu den Präsuppositionen und Prozeduren des Diskurses gehört. Es ist dies das Recht, an Diskursen teilzunehmen. [Es] läßt sich diskursethisch als das fundamentale Menschenrecht begreifen.« *Arens* beruft sich zur Begründung allein auf die Diskursregel der universellen Teilnahme und übersieht dabei, daß die Regeln des Diskurses nicht ohne weitere Begründung als reale Regeln im Handeln anzusehen sind. Andernfalls wären noch eine ganze Reihe anderer Rechte unmittelbar begründet: die Gleichheit, die (Herrschafts-)Freiheit, Meinungsäußerungsfreiheit u.v.m. Entsprechenden Bedenken begegnen Ausführungen bei *E. Weiß,* Diskurstheoretische Aspekte zur Demokratietheorie (1998), S. 80 f., sowie das apodiktische Ergebnis bei *R. Hoffmann,* Verfahrensgerechtigkeit (1992), S. 248: »Der Diskurs wird somit zur zentralen Forderung prozeduraler Gerechtigkeit.«

201 In Richtung einer Abwertung der Begründungsbedürftigkeit hingegen *A. Cortina,* Diskursethik und partizipatorische Demokratie (1993), S. 239: »Das wichtigste Problem hinsichtlich der Demokratie ist also heute nicht mehr das ihrer ethischen Begründung. Es besteht vielmehr darin, eine Antwort auf folgende Frage zu finden: *Was ist oder was bedeutet Demokratie heute, und welche Modelle der Demokratie sind moralisch erstrebenswert und technisch durchführbar.*« (Hervorhebung bei *Cortina*).

202 Dazu unten S. 318 (universeller Geltungsanspruch und Begründungsbedürftigkeit).

203 Vgl. die *Rawls*schen Gerechtigkeitsprinzipien oben S. 203 (N_1, N_2) und S. 209 (N_1', N_2').

204 Vgl. dessen Herleitung der Menschenrechte oben S. 250 ff.

205 Vgl. unten S. 318 ff. (universeller Geltungsbereich von Menschenrechtsnormen).

kratien entsprechen, der Gerechtigkeitstheorie von *Habermas* argumentativ widerstehen können.

Die Volksrepublik China steht für ein Einparteiensystem mit eng geführter Staatskontrolle und einer alle Lebensbereiche erfassenden politischen Ideologie. Die Freiheit zur politischen Meinungsäußerung und Information, die Möglichkeit einer legalen Opposition und die Öffnung gegenüber anderen Kulturen sind durch ein effektives Verbotssystem nahezu auf Null reduziert (Äußerungsverbote, Medienregime, Kontaktsperren, Internetzensur an zentralisierten Zugangsknoten). Die Persönlichkeitsentfaltung, körperliche Unversehrtheit, persönliche Freiheit und das Lebensrecht stehen unter dem Vorbehalt der Ideologiekonformität (Ein-Kind-Politik, Haftstrafen ohne Verfahren, Demonstrationsniederschlagung, exzessive Todesstrafenpolitik). Solche Defizite an öffentlicher und privater Autonomie sind mit den Grundrechtsgeboten in *Habermas* Theorie nicht vereinbar. Was würde ein regierungstreuer Diskurstheoretiker in China auf die Begründung erwidern, die Freiheitsgebote ergäben sich »schon aus der Anwendung des Diskursprinzips auf das Rechtsmedium als solches«[206]? Er könnte zugestehen, daß das Diskursprinzip D_H[207] als Begründungsprinzip gilt und gleichwohl bestreiten, es verlange individuelle Freiheiten aller Staatsbürger. Es ist geradezu Teil der staatssozialistischen Ideologie, daß jedermann – Herrschaftsfreiheit und Informiertheit vorausgesetzt – idealiter die Richtigkeit der chinesischen Sozialordnung erkennen kann. Die Behauptung, daß sich die Betroffenen in einem *idealen* Diskurs auf die Ordnungsregeln des chinesischen Sozialismus und damit auf die zumindest teilweise *Ablehnung* individueller Freiheitsrechte einigen könnten, wird in *Habermas* Theorie nicht entkräftet. Nun könnte *Habermas* als Argument für Legitimationsmängel im chinesischen System feststellen, daß in China die prozeduralen Anforderungen an *reale* Diskurse, insbesondere die Informations- und Meinungsfreiheit, nicht erfüllt sind. Das trifft zu. Doch könnte der chinesische Diskurstheoretiker einwenden, die gegenwärtigen Einschränkungen realer Diskurse ließen sich ihrerseits unter Rückgriff auf ideale Diskurse rechtfertigen: gesellschaftliche Diskussion könne außerhalb des ideologisch gesicherten Rahmens keine Richtigkeit verbürgen, weil die notwendige Informiertheit und Herrschaftsfreiheit durch westliche Propaganda boykottiert würde. Derlei (hypothetischen) Argumenten mag viel entgegenzuhalten sein; die Begründung der Grundrechtsgruppen bei *Habermas* liefert die nötigen Gegenargumente indes nicht.

Im nachrevolutionären Iran ist im Gegensatz zu China ein politischer Pluralismus und eine marktwirtschaftliche Ökonomie vorhanden, nur steht die Staatsordnung unter einem umfassenden Religionsvorbehalt. Die Regeln der Sozialordnung prägen religiöse Revolutionswächter: Frauen ist in der Öffentlichkeit jeder unverschleierte Aufenthalt oder Kontakt mit nichtverwandten Männern verboten; der Zugang zu westlicher Kultur unterliegt religiöser Aufsicht (Verbot des Satellitenfernsehens, religiöse Kontrolle des Kinoprogramms); die Rechtsordnung, insbesondere das strafrechtliche Sanktionensystem, untersteht dem Primat des Islam. Mit den Grundrech-

---

[206] So *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 156.

[207] D_H lautet nach *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 138: »Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.«

ten in *Habermas* Theorie ist dieser Zustand nicht vereinbar[208]. Doch könnte ein islamischer Diskurstheoretiker ähnlich wie sein chinesischer Kollege einwenden, daß bestimmte Freiheiten nicht diskurstheoretisch geboten seien. Wer argumentiert, daß alle Betroffenen sich in einem idealen Diskurs auf die Lebensweise des Islam einigen würden und nur durch die Verlockungen der realen Lebenswelt an dieser Einsicht gehindert seien, der kehrt *Habermas* Behauptung um: Aus der Anwendung des Diskursprinzips auf das Rechtsmedium als solches folgt, daß das Recht den Islam gebieten muß. Eine solche religiöse Instrumentalisierung des Rechts mag unbegründet sein, doch solange *Habermas* nicht den Übergang vom Diskursprinzip zu universellen Menschenrechten durch Argumente abstützt, bilden derlei Gegenpositionen eine Herausforderung für seine Gerechtigkeitstheorie.

Selbst für Singapur, dessen Staatsform sich weitgehend an westlichen Demokratievorstellungen orientiert, läßt sich eine Unvereinbarkeit mit den Grundrechtsgruppen bei *Habermas* aufzeigen. Eine politische Opposition zur Regierungsmehrheit ist zwar rechtlich erlaubt, tatsächlich aber durch die staatliche Handhabung von Verleumdungsklagen nur schwer möglich. Individuelle Freiheiten stehen unter einem strikten Gemeinschaftsvorbehalt (Medienregime, Kaugummiverbot, erniedrigende Prügelstrafen). Der demokratischen Sozialordnung westlichen Musters, wie sie letztlich von *Habermas* mit den Grundrechtsgruppen nachgezeichnet wird, entsprechen diese weitgehenden Beschränkungen öffentlicher und privater Autonomie nicht. Doch könnte ein Diskurstheoretiker in Singapur argumentieren, daß er sowohl dem Diskursprinzip als auch der Notwendigkeit realer Diskurse zustimme und lediglich in der Ausgestaltung der realen Diskurse andere Schwerpunkte setze als dies in westlichen Demokratien üblich sei: Es gebe asiatische Tugenden des Ehrgefühls und der Zurückhaltung, die der Meinungsfreiheit und damit den realen Diskursen engere Grenzen zögen als etwa in den Vereinigten Staaten von Amerika. Die regulative Idee des idealen Diskurses führe zwangsläufig je nach den sozialen Rahmenbedingungen zu unterschiedlichen Anforderungen. Die Freiheiten, auf die sich ideale Diskursteilnehmer in Singapur einigen würden, müßten deshalb andere sein als in westlichen Demokratien.

Das letzte Beispiel zeigt die argumentativen Schwierigkeiten, die zu überwinden sind, wenn aus der Diskurstheorie auf *bestimmte* Freiheiten geschlossen werden soll. Die vorausgegangenen Beispiele 'China' und 'Iran' belegen, warum es zusätzlicher Gründe bedarf, wenn *überhaupt* universelle Freiheiten aus dem Diskursprinzip abgeleitet werden sollen. Solche Gründe fehlen bisher bei *Habermas*. Seine Gerechtigkeitstheorie kann nicht vollständig erklären, warum Sozialordnungen wie diejenige Chinas, des Irans oder Singapurs illegitim und ungerecht sind, obwohl ein solches Urteil zu den Konsequenzen gehört, die aus den Grundrechtsgruppen bei *Habermas* zu ziehen wären.

---

208 Vgl. *L. Müller,* Islam und Menschenrechte (1996), S. 142 ff. (Beschränkung der Religions-, Meinungs- und Vereinigungsfreiheit), S. 182 ff., 321 (Körperstrafen).

4. *Zur Kritik an R. Alexys analytischem Liberalismus*

Ursprünglich wurde an der Diskurstheorie *Alexys* vor allem die Sonderfallthese kritisiert[209]. Hier soll sich die Analyse und Kritik auf die neuen Thesen *Alexys* zur diskurstheoretischen Begründung der Menschenrechte konzentrieren. Dieser Untersuchungsschwerpunkt ist auch deshalb geboten, weil *Alexy* mit der Begründung der Menschenrechte genau dort ansetzt, wo bei *Habermas* eine Begründungslücke festgestellt wurde: beim Übergang vom Diskurs zu realen Rechten.

a) *Zur Notwendigkeit der geheuchelten genuinen Diskursteilnahme*

Von einer 'genuinen Diskursteilnahme' spricht *Alexy*, wenn der Diskursteilnehmer bereit ist, sein Handeln nach allen Ergebnissen des Diskurses auszurichten[210]. Die genuine Diskursteilnahme führt von der verpflichtenden Wirkung der Diskursregeln im Diskurs zu einer verpflichtenden Anerkennung der Autonomie im Handeln. Es handelt sich damit um eine Schlüsselstelle der Begründung von Menschenrechten. Wenn gezeigt werden kann, daß eine genuine Diskursteilnahme diskurstheoretisch notwendig ist, dann wäre damit die Autonomie im Handeln auf die kommunikationsnotwendige Geltung der Diskursregeln gestützt. Die objektive Anerkennung von Menschenrechten wäre dann diskurstheoretisch notwendig.

Die einzelnen Schritte des Autonomiearguments lassen sich folgendermaßen zusammenfassen[211]: (1) Man kann sich der Richtigkeit nur im Diskurs vergewissern[212]. (2) Regierungen haben ein objektives Interesse an der Legitimation ihrer Herrschaft, müssen also deren Richtigkeit behaupten. (3) Wer an Diskursen teilnimmt, setzt die Autonomie seiner Gesprächspartner *im Diskurs* voraus. (4) Wer ernsthaft an Diskursen teilnimmt (genuine Diskursteilnahme), will soziale Konflikte durch diskursiv erzeugte und kontrollierte Konsense lösen. (5) Wer soziale Konflikte durch Konsense lösen will, akzeptiert die Autonomie seiner Gesprächspartner *auch im Handeln.* (6) Wer verhindern will, daß das Interesse der Diskurspartner am Diskurs und damit die

---

209 Aus der neueren Literatur etwa *U. Neumann,* Zur Interpretation des forensischen Diskurses (1996), S. 417 ff.; zustimmend demgegenüber *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 149 ff., 161 ff. (parlamentarische Gesetzgebung), 170 ff. (gerichtliche Verfahren), 180 ff. (juristische Interpretation); *P. Tschannen,* Stimmrecht und politische Verständigung (1995), S. 388. Vgl. allgemein zur Kritik an der Sonderfallthese *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1991), S. 426 ff. (Zusammenstellung der Positionen). *Habermas* hatte sich trotz der positivrechtlichen Bindung, der prozeßordnungsrechtlichen Beschränkungen, des autoritativen Entscheidungscharakters und der Erfolgsorientierung ursprünglich der Sonderfallthese *Alexys* ausdrücklich angeschlossen; *J. Habermas,* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1 (1981), S. 62 mit Fn. 63. Neuerdings hat er, der Unterscheidung *Günthers* zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen folgend (dazu oben S. 222), die Bejahung der Sonderfallthese deutlich relativiert; *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 283 ff. (286): »Aber die komplexere Geltungsdimension von Rechtsnormen verbietet es, ... insofern den juristischen Diskurs als Sonderfall von moralischen (Anwendungs-)Diskursen zu begreifen.« Vgl. dazu die Entgegnung von *R. Alexy,* Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses (1995), S. 172 ff.

210 Vgl. oben S. 252 (diskurstheoretische Notwendigkeit der Autonomie).

211 Vgl. dazu die ausführlichere Darstellung des Argumentationsgangs oben S. 250 ff. sowie *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 129 ff.

212 Dazu oben S. 250 (T_R).

Möglichkeit der Legitimation »auf Null oder fast auf Null« sinkt, der muß die genuine Diskursteilnahme wenigstens heucheln[213]. (7) Wer genuine Diskursteilnahme heuchelt, erkennt damit die Autonomie seiner Gesprächspartner im Handeln immer noch objektiv an. Aus alledem folgt, daß staatliche Herrschaft die objektive Anerkennung der Autonomie im Handeln (und damit Menschenrechte) notwendig voraussetzt.

Kritisch ist allein der sechste Schritt. *Alexy* formuliert als *Mindestanforderung* dafür, daß man seine Mitmenschen auf Dauer zur Teilnahme an Diskursen motivieren kann, die *geheuchelte genuine Diskursteilnahme.* Danach muß ein Diskursteilnehmer *zumindest immer vorgeben,* sein Handeln nach den Ergebnissen des Diskurses richten zu wollen und dadurch die Autonomie der übrigen Diskursteilnehmer auch im Handeln anzuerkennen[214]. Nicht genügend wäre es hingegen, die Freiheit anderer *im Diskurs* zu achten, dabei aber von vornherein offen zuzugeben, daß man sie *im Handeln* nicht zu achten gedenke; dann würden für zukünftige Diskurse die Teilnehmer fehlen[215]. Die geheuchelte genuine Diskursteilnahme bedeutet zwar nicht, daß man sein Handeln wirklich immer nach den Ergebnissen des Diskurses richtet, denn zum 'Heucheln' gehört es ja gerade, daß Reden und Handeln auseinanderfallen können. Doch das Kriterium verlangt von jedem, wenigsten *vorzugeben,* sich vollständig nach den im Diskurs erzielten Konsensen zu richten. Dieses Element in *Alexys* Kriterium könnte man als *vorgeblichen umfassenden Diskursgehorsam* bezeichnen. Für die Existenz von Diskursen wäre nach dieser Argumentation ein solcher vorgeblicher umfassender Diskursgehorsam notwendig.

Es ist aber zweifelhaft, ob man wirklich *umfassenden* Diskursgehorsam vorgeben muß, um die Existenz von Diskursen sicherzustellen. Denn die Bereitschaft zur Diskursteilnahme wird nicht schon dann enden ('auf Null oder fast auf Null' sinken), wenn die Beteiligten ihr Handeln zwar nicht vollständig, aber jedenfalls zu einem *erheblichen Teil* durch Diskurse beeinflussen lassen. Allein durch die *Chance* eines ergebniskonformen Handelns stellt sich der Diskurs als nicht völlig sinnentleert dar und lohnt sich für die Teilnehmer. Selbst ein *geringer* Einfluß des Diskurses auf das Handeln könnte schon genügen, um die Diskursteilnahme realistisch werden zu lassen. Insoweit ähnelt die Motivationslage bei Diskursen derjenigen bei Verhandlungen[216].

---

213 Zu diesem Argumentationsschritt *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 152.

214 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 152 f.

215 Vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 152: »Es ist nicht attraktiv, mit jemandem Gerechtigkeitsdiskurse zu führen, dessen Gesprächsangebot die Form hat: 'Bevor ich dich mit Gewalt dazu bringe, nach meinen Vorstellungen zu leben, will ich versuchen, ob ich dieses Ziel nicht einfacher durch Überredung erreichen kann.'«

216 Von realen politischen Diskursen kann man sprechen, wenn die Beteiligten nicht bloß 'verhandelnd' die wechselseitigen Interessen gegeneinander ausspielen, sondern 'argumentierend' um eine richtige Lösung ringen. Zum Unterschied zwischen *bargaining* und *arguing* siehe oben S. 232. Zur Interpretation bestimmter Politikformen als reale Diskurse unten S. 347 ff. Die Motivationslage ist bei Diskursen und Verhandlungen ganz ähnlich: Eine Oppositionsfraktion beteiligt sich konstruktiv an einem Gesetzgebungsverfahren der Regierung, wenn eine Chance besteht, daß ihre Argumente Auswirkungen haben (Diskurs); eine Gewerkschaft kehrt zur Tarifdiskussion zurück, wenn überhaupt signifikante Zugeständnisse der Arbeitgebervertretung zu erwarten sind (Verhandlung); eine Widerstandsgruppe in einer Militärdiktatur erklärt sich zu Gesprächen über

Alexy spricht bei Situationen, in denen die Parteien zwar keine Gewißheit, aber doch »eine gewisse Hoffnung« haben, die andere Seite zur Anerkennung von Autonomie im Handeln zu bewegen, von »eher unwahrscheinlichen und schwachen Motiven«[217]. Doch so schwach sind diese Motive nicht. Sie genügen im Regelfall, um reale Diskurse möglich zu machen. Die grundsätzliche Diskursbereitschaft geht nicht sofort verloren, wenn eine Seite sich nicht an die Diskursergebnisse hält. Kommunikation verursacht nur geringen Aufwand. Deshalb lohnt sie sich selbst dann, wenn eine Verbesserung der Lage zwar nicht sicher, aber immerhin möglich erscheint. Zwar erscheint es »nicht sehr attraktiv«, mit jemandem Gerechtigkeitsdiskurse zu führen, der ohne Rücksicht auf die Ergebnisse seine Herrschaft mit Gewalt fortführt[218]. Doch für die Existenz von Diskursen bedarf es einer besonderen Attraktivität nicht. Es ist geradezu ein Beleg für das richtigkeitsverbürgende Potential von Diskursen, daß sie selbst dort sofort aufleben, wo ihre latente Unterdrückung nur teilweise gelockert wird. Die Sozialordnungen Chinas, Singapurs und des Iran sind als Systeme charakterisiert worden, in denen ein größtmögliches System individueller Freiheiten absichtlich nicht realisiert wird[219]. Diese Staaten beschränken politische Meinungsäußerung und verhindern damit eine diskursive Kontrolle ihrer Ordnungsprinzipien. Doch wo immer solche Beschränkungen nur teilweise gelockert werden, sprießen sofort Reformdiskussionen hervor, selbst wenn die Realisierung solcher Reformen angesichts der tatsächlichen Machtverhältnisse außerordentlich unrealistisch erscheint. Das allseitige Vorgeben umfassenden Diskursgehorsams ist folglich keine notwendige Voraussetzung für die Existenz von Diskursen. Die empirische Prämisse, daß eine genuine Diskursteilnahme, d.h. die Bereitschaft, *alle* sozialen Konflikte durch Konsense zu lösen, wenigstens *geheuchelt* werden muß ('Schritt 6' der Argumentationsfolge), trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu[220].

Noch deutlicher als in den politischen Situationen wird der Zusammenhang bei Einzelentscheidungen: Wenn sich M mit ihrer Tochter T auf eine Debatte über das Taschengeldes einläßt und dabei zugesteht, daß der derzeitige Betrag eigentlich zu niedrig ist, dann aber die Diskussion abbricht und eine Erhöhung ohne weitere Begründung verweigert, wird dann die T nie wieder einen Versuch unternehmen, mit M über eine Taschengelderhöhung zu diskutieren? Es ist wohl eher das Gegenteil der Fall: T wird erkennen, daß das Zugeständnis schon ein erster Schritt auf dem Weg zur Verbesserung der Situation ist. Allein der Umstand, daß sich M auf eine

---

Waffenstillstand schon dann bereit, wenn überhaupt eine Chance besteht, die Lage signifikant zu verbessern (Verhandlung oder Diskurs).

217 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 152.

218 So das Argument bei *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 152.

219 Dazu oben S. 299 ff. (Illustration).

220 Dieselbe Kritik gilt gegenüber der Konzeption von *A. Honneth,* Diskursethik und implizites Gerechtigkeitskonzept (1986), S. 188: »nur *die* Gesellschaft darf im Sinne einer Diskursethik letztlich als gerecht gelten, die in ihrer normativen Infrastruktur die Voraussetzungen für herrschaftsfreie Dialoge bereithält und also all ihren Mitglieder[n] die Chance einer zwanglosen und gleichberechtigten Aushandlung von strittigen Normen überhaupt erst gewährt.« *A. Cortina,* Diskursethik und Menschenrechte (1990), S. 46 f. – Jeder Teilnehmer habe ein Recht darauf, daß »Argumente ... einen wirklichen Einfluß in den durch Konsens getroffenen Entscheidungen haben.« Reale 'Diskurschance' oder realer 'Diskursgehorsam' lassen sich nicht als *notwendige Voraussetzung* menschlicher Kommunikation verstehen (Präsuppositionsanalyse).

Diskussion einläßt und die Argumente der T anhört, begründet eine Chance, daß die M der Einsicht irgendwann auch Taten folgen läßt und das Taschengeld erhöht. T wird also um so mehr darauf drängen, den Diskurs neu aufzunehmen. Erst wenn klar ist, daß überhaupt keine Chance besteht, durch den Diskurs einen Einfluß auf das Handeln zu gewinnen, wenn also M niemals der argumentativen Einsicht Taten folgen läßt, wird T sich auf neue Diskurse nicht mehr einlassen.

Aus alledem ist der Schluß zu ziehen, daß die Bereitschaft zur Teilnahme an Diskursen und damit die Existenz von Diskursen schon dann realistisch ist, wenn immerhin eine *Chance zur Einflußnahme* auf das Handeln besteht und sich deshalb die Diskursbereitschaft auch in Zukunft für die Beteiligten lohnt. Wenn der kooperative Geist des Diskurses nicht in jedem Fall vollständig in reales Handeln umgesetzt wird, macht das Diskurse nicht unmöglich. Eine geheuchelte genuine Diskursteilnahme in dem Sinn, daß alle Beteiligten stets vorgeben, auch im Handeln die Autonomie aller anderen umfassend und ausnahmslos anzuerkennen, gehört nicht zu den diskurstheoretischen Notwendigkeiten.

Gegen dieses Ergebnis könnte eingewandt werden, daß derlei entwertete Diskurse eine wirkliche Legitimation sozialer Ordnung nicht tragen können. Das stimmt. Doch richtet sich auch das Interesse an Richtigkeit nicht notwendig auf eine wirkliche Legitimation sozialer Ordnung. »Man kann an Diskursen teilnehmen, ohne an der Autonomie seiner Gesprächspartner im geringsten interessiert zu sein«[221], also ohne ein subjektives oder motivationales Interesse an Richtigkeit. Dann bleibt nur ein objektives oder institutionelles Interesse. Das ist wiederum durch die langfristige Stabilität der Herrschaft bedingt. Der Tyrann hat nur insoweit ein objektives Interesse an Richtigkeit, als die Legitimation seiner Herrschaft notwendige Voraussetzung für deren längerfristige Stabilität ist. Nun zeigt sich aber, daß zwar einige Unrechtsregimes instabil sind, doch längst nicht jede Beschränkung von Menschenrechten und Demokratie zu einem revolutionären Herrschaftsumsturz führt. Jedenfalls während der Lebenszeit eines autokratischen Herrschers kann die Stabilität andauern, solange sie nicht als offensichtliches Unrechtsregime den latenten Widerstand zusätzlich schürt[222]. Selbst für einen friedlichen Übergang von autokratischer Herrschaft zu demokratischer Organisation gibt es historische Beispiele[223]. In aller Regel beschränkt sich das empirisch belegbare objektive Interesse an Richtigkeit folglich darauf, daß die Herrschenden zumindest *pro forma die Legitimität ihrer Herrschaft behaupten* und jedenfalls eine *Chance* dafür eröffnen, *daß eine Sozialordnung entsteht, die in Diskursen gerechtfertigt wird oder werden könnte.* So ist zu erklären, daß Militärdiktatoren mit einigem Erfolg immer wieder demokratische Wahlen ankündigen, verschieben und annullieren, selbst wenn sie zu keinem Zeitpunkt zur Machtaufgabe tatsächlich bereit sind. Ein »diskurstheoretisches Tyrannendilemma«[224] zwingt zwar zur Verschleierung des Terrors, begründet aber noch kein objektives Interesse an der *vollständigen* Anerkennung von Menschenrechten und Demokratie.

---

221 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 151.

222 Zur reinen Machtherrschaft als eines labilen, aber gleichwohl möglichen Grenzfalles vgl. *H. Dreier,* Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegung (1987), S. 140 f. m.w.N.

223 Beispiele aus der jüngeren Zeit sind die Demokratisierung Chiles, Osteuropas und Südafrikas.

224 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 153.

Es bleibt also dabei: Die in den Diskursregeln verkörperte sprachpragmatische Autonomie der Diskursteilnehmer wird nicht vollständig in eine moralische Autonomie im Handeln transformiert. Daraus folgt indes nicht, daß die Begründung von Menschenrechten und Demokratie, wie sie im analytischen Liberalismus von *Alexy* angelegt ist, im Ergebnis nicht trägt, sondern nur, daß sich der Schwerpunkt der Begründung verlagert[225].

b) Zur Konkretisierung der Menschenrechte

Die Ausdifferenzierung eines Katalogs von Freiheitsrechten aus dem allgemeinen Freiheitsrecht R_F (»Jeder hat das Recht, frei zu beurteilen, was geboten und was gut ist, und entsprechend zu handeln.«[226]) wird bei *Alexy* in zwei Operationen verortet: Erstens könne man zeigen, daß einzelne Freiheitsrechte Spezialfälle dieses Rechts seien. Und zweitens sei es möglich, Rechte als *notwendige Voraussetzung* für die Realisierung von R_F zu begründen[227]. Diese zweite Vorgehensweise entspricht *Alexys* Begründung der Autonomie im Handeln: Auch dort erweist sich das Ergebnis als eine *notwendige Voraussetzung* des Diskurses. Die Begründung der Menschenrechte wird in das transzendentale Argument der Diskurstheorie einbezogen und gerät dadurch zum Bestandteil einer erweiterten Präsuppositionsanalyse. Daran ist im Prinzip nichts auszusetzen, nur fragt sich, ob die unmittelbare diskurstheoretische Begründung der Menschenrechte ausreichend präzise Schlüsse zuläßt, um einen 'Katalog konkreter Freiheitsrechte', d.h. Grundrechtsprinzipien für das positive (Verfassungs-)Recht, tragen zu können.

Die möglichen Bestimmungen einzelner Grund- und Menschenrechte sind vielfältig, wie die unterschiedlichen Regelungen und Schwerpunktsetzungen in geltenden Verfassungen belegen. Das gilt erst recht für die sozialen Grundrechte, die laut *Alexy* zumindest teilweise als notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Freiheit begründet werden können[228]. Welches sind die 'konkreten Freiheitsrechte', die sich aus dem allgemeinen Freiheitsrecht R_F gewinnen lassen? In R_F ist unter anderem von Geboten und deren Beurteilung die Rede. Die in der Lebenswelt in erster Linie problematischen *Gebote* sind Rechtsnormen, ihre *Beurteilung* ist eine kollektive. Eine erste konkretisierende Folgerung aus R_F kann darum im Gebot fortgesetzter diskursiver Kontrolle aller Rechtsnormen gesehen werden. Im Diskurs muß es jederzeit möglich sein, einmal gefundene Ergebnisse wieder in Frage zu stellen. Über das Kriterium der diskursiven Kontrolle wird diese Restriktion auf die Dimension des Handelns übertragen. So, wie man sich im Diskurs der Richtigkeit von Handlungsnormen nur vergewissern kann, wenn man zur neuerlichen Infragestellung einzelner Ergebnisse jederzeit bereit ist, so kann im Handeln eine Rechtfertigung nur andauern, solange das Handeln diskursiv kontrolliert bleibt. Die diskursi-

---

225 Dazu unten S. 315 ff. (die hier verfolgte Begründungsstrategie).

226 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 153.

227 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 154: »Die zweite Operation besteht darin, daß dargelegt wird, daß bestimmte Rechte notwendige Mittel sind, um autonom handeln zu können.«

228 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 154; ausführlich zu diesen Rechten *ders.,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 454 ff.

ve Kontrolle des Handelns ist ein Akt öffentlicher Autonomie. Diskurstheoretisch notwendige Gehalte des allgemeinen Freiheitsrechts R_F sind deshalb jedenfalls diejenigen Einzelrechte, die sich Menschen gegenseitig einräumen müssen, wenn sie die Regelungen ihres Zusammenlebens einer fortlaufenden diskursiven Kontrolle aussetzen wollen[229]. Dazu gehört die Meinungsäußerungsfreiheit in öffentlichen Angelegenheiten (*political speech*) sowie ein Mindestmaß an den mit der individuellen und kollektiven Wahrnehmung dieser Freiheit verbundenen weiteren Kommunikationsgrundrechten (Informations-, Presse-, Rundfunk-, Versammlungs-, Vereinigungsfreiheit). Insoweit läßt sich der Inhalt von R_F tatsächlich ohne die Durchführung konkreter Diskurse ('unmittelbar') bestimmen. Auch ein Grundrecht auf Leben und körperliche Integrität und einige andere Einzelaspekte der privaten Autonomie sowie das Recht auf ein Existenzminimum an Gütern können so begründet werden.

Damit endet die Bestimmbarkeit aber. Weder die genaue Abgrenzung zwischen den als Prinzipien zu verstehenden Grundrechten, noch der konkrete Bestand an Rechten lassen sich aus R_F unmittelbar bestimmen. Ob etwa Privateigentum und Erbrecht gewährleistet sein müssen, ob staatlicher Schutz durch Enteignung verfolgt werden darf, welche kollektiven Pflichten den Grundrechten gegenüberstehen – dies alles sind Einzelfragen zur Festlegung eines Grundrechtskatalogs, die ohne die Durchführung konkreter (Verfassungs-)Diskurse nicht beantwortet werden können. Ein vollständiger Katalog konkreter Freiheitsrechte läßt sich nicht diskurstheoretisch-unmittelbar begründen. Vielmehr muß die Begründung um eine mittelbare Komponente ergänzt werden, wie *Alexy* sie in der Theorie von *Habermas* feststellt[230], selbst aber nicht verfolgen will[231], sondern nur als mögliche Ergänzung andeutet[232]. Richtigerweise wird man zur Begründung eines *Katalogs konkreter Freiheitsrechte* nur gelangen können, wenn man die unmittelbare um eine mittelbare Begründung der Menschenrechte erweitert[233].

IV. Ergebnisse

Auch die Theorien der kantischen Grundposition bieten nur teilweise eine hinreichende Gerechtigkeitsbegründung. Kantische Sozialvertragstheorien und Standpunkttheorien begegnen schon im methodischen Ansatz durchgreifenden Bedenken;

---

229 Vgl. den ähnlichen, wenn auch von vornherein sehr viel weiter gefaßten Ansatz bei *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 151: »Dieses System [der Rechte, das die private und öffentliche Autonomie zur Geltung bringt,] soll genau die Grundrechte enthalten, die sich Bürger gegenseitig einräumen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen.«

230 Dazu *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146: »Um eine bloß *mittelbare* Begründung handelt es sich demgegenüber, wenn die Entscheidung über die Menschenrechte einem tatsächlich stattfindenden Prozeß überlassen wird, der aber bestimmten diskurstheoretisch begründeten Anforderungen genügen muß.« (Hervorhebung bei *Alexy*).

231 Vgl. *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 147: »Hier sollen nur Rechte interessieren, die sich unmittelbar diskurstheoretisch begründen lassen, also nur im engeren Sinne diskursiv notwendige Rechte.«

232 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 163 f. – Demokratieargument.

233 Zu einem Versuch, diese Ergänzung vorzunehmen, vgl. unten S. 326 ff. (diskursiv notwendige Gerechtigkeitsnormen); S. 334 ff. (mittelbare Begründung gerechten Rechts).

sie können den Verdacht der konstruktiven Beliebigkeit ihrer moralischen Gehalte nicht ausräumen. Diskurstheorien versprechen am ehesten, eine befriedigende Antwort auf die Frage nach Gerechtigkeit im Recht geben zu können. Dabei öffnet *Apels* Verantwortungsethik das Tor für Ausnahmen von der diskursiven Bindung des Handelns unkontrolliert weit. Die Idee der deliberativen Politik bei *Habermas* bildet hingegen einen vielversprechenden Ansatzpunkt dafür, die aus diskurstheoretischer Sicht erforderlichen Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln für die Genese richtigen Rechts zu formulieren. *Habermas* Begründung von Menschenrechten und Demokratie erweist sich hingegen als lückenhaft. Für eine solche Begründung verspricht das Modell *Alexys* eine Grundlage.

Fünfter Teil: Grundzüge einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit

Auf 'Grundzüge' einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit muß dieser letzte Teil der Untersuchung beschränkt bleiben, weil eine ausgearbeitete Gerechtigkeits-, Menschenrechts- und Demokratietheorie den hier gesteckten Rahmen sprengen würde. Es soll nur darum gehen, die vergleichende Theoriedarstellung im dritten sowie die Analyse und Kritik im vierten Teil dieser Untersuchung zusammenzuführen und noch um einen kleinen Schritt zu ergänzen, der sich als Beitrag zu einem analytisch begründeten Liberalismus versteht[1]. Dabei muß der Schwerpunkt auf solchen Elementen liegen, die bei den bisher vorgestellten Gerechtigkeitstheorien zu kurz kommen. Das gilt vor allem für die Verknüpfung von prozeduraler Gerechtigkeitsbegründung, wie sie die politische Philosophie der hobbesianischen und kantischen Grundposition prägt, mit prozeduraler Gerechtigkeitserzeugung, wie sie als Leitbild von realen Diskursen in Recht und Politik fungiert. Schon diese letzte Aussage, daß es sich bei rechtlicher und politischer Kommunikation überhaupt um Diskurse handle, ist umstritten. In den schwachen Anforderungen, die an reale Diskurse gestellt werden, weicht das hier vorgestellte Diskursmodell vom bisher üblichen ab[2].

A. Vorüberlegungen

I. Die fünf Fragen politischer Gerechtigkeit (Mindestgehaltsthese)

Für die Vorüberlegungen zu einer diskursiven Gerechtigkeitstheorie kann bei der schon zuvor begründeten Mindestgehaltsthese angesetzt werden. Nach dieser These muß eine politische Gerechtigkeitstheorie – und um eine solche geht es hier[3] – mindestens Aussagen zu Begründungsmodell, Institutionalisierung, Menschenrechten, Demokratie und Güterverteilung treffen[4].

Das *Begründungsmodell* ist *erstens* ein notwendiger Bestandteil von politischen Gerechtigkeitstheorien, weil jede Explikation von Gerechtigkeit zunächst eine Konzeption der allgemeinen praktischen Vernunft benötigt, um die Richtigkeit des Handelns im Gerechtigkeitsbegriff[5] durch Kriterien konkretisieren zu können. Darin liegt eine Antwort auf die Herausforderung des Gerechtigkeitsskeptizismus. Die diskurstheoretische Konzeption praktischer Vernunft wurde bereits im Zusammenhang mit der Diskurstheorie erläutert[6]. Darauf kann hier zurückgegriffen werden. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß man sich der praktischen Richtigkeit nur im Diskurs vergewis-

---

1 Vgl. die Einleitung, S. 21 ff. a.E.

2 Dazu unten S. 347 ff. (Diskursivität der Politik) sowie oben S. 218 (D_{Dr}).

3 Vgl. oben S. 78 (Schwerpunktthese).

4 Dazu oben S. 117 (Mindestgehaltsthese).

5 Dazu oben S. 45 (D_1).

6 Dazu oben S. 217 ff. (Diskurstheorien).

sern kann[7]. Ein Begründungsmodell ist *zweitens* auch deshalb nötig, weil die Explikation von Gerechtigkeit in unterschiedlicher Weise auf eine Konzeption der allgemeinen praktischen Vernunft gestützt werden kann. Zur Vervollständigung des Begründungsmodells muß deshalb erklärt werden, auf welche Weise die Diskurstheorie zur Begründung von Gerechtigkeitsnormen einzusetzen ist[8].

Die Frage der *Institutionalisierung* verlangt nach einer Verteidigung der staatlichen Zwangsordnung gegenüber der Herausforderung des Anarchismus. Hier sind Gründe dafür zu nennen, daß es überhaupt einen Staat geben muß, der rechtliche Befugnisse und Pflichten seiner Bürger festlegt und durchsetzt. Da in dieser Frage weitgehende Übereinstimmung unter allen Gerechtigkeitstheorien besteht, kann die Antwort hierzu kurz ausfallen[9].

Der inhaltliche Schwerpunkt einer Gerechtigkeitstheorie liegt in der Begründung von universellen Gerechtigkeitsnormen über *Menschenrechte, Demokratie* und *Güterverteilung* (soziale Gerechtigkeit). Hier führt die Zurückhaltung, die gegenüber einer diskurstheoretischen Begründung der Menschenrechte geboten erscheint[10], dazu, daß in allen drei Bereichen (Menschenrechte, Demokratie, Güterverteilung) gilt: Nur wenige gerechtigkeitstheoretische Ordnungsgebote lassen sich als diskurstheoretische Notwendigkeit verstehen. Auch eine diskursive Notwendigkeit läßt sich nur für einige Menschenrechtskategorien geltend machen (unmittelbare Begründung). Weitergehende Konkretisierungsmöglichkeiten gibt es erst im Rahmen der Herausbildung einer Verfassungs- und Rechtsordnung. Im Interesse möglichst detaillierter Aussagen müssen die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln untersucht werden, unter denen richtiges (d.h. gerechtes) Recht in *realen* Verfahren einer solchen Ordnung begründet werden kann (mittelbare Begründung).

II. Zur Begründung von Gerechtigkeitsnormen

Es gibt unterschiedliche Argumentationswege, um eine Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses zu einer Gerechtigkeitstheorie auszubauen. Gerechtigkeitsnormen lassen sich zunächst begründen, indem man – unabhängig von der tatsächlichen Durchführung einzelner Diskurse – ihre diskurstheoretische oder diskursive Notwendigkeit zeigt. Von *diskurstheoretischer Notwendigkeit* einer Gerechtigkeitsnorm soll die Rede sein, wenn ihre Geltung als *notwendige Voraussetzung* von Diskursen begründet wird (1). Demgegenüber sei eine Gerechtigkeitsnorm hier *diskursiv notwendig* genannt, wenn gezeigt werden kann, daß ihre Geltung eine *notwendige Folge* von Diskursen sein muß (2). Beide Begründungsweisen gehören wegen ihrer Unabhängigkeit von der Durchführung konkreter Diskurse zu den Formen der *unmittelbaren Begründung* von Gerechtigkeitsnormen[11]. Um den Kreis diskursiv bloß *möglicher*

---

7 Dazu oben S. 250 (T_R).

8 Dazu unten S. 314 ff. (kombinative Begründungsstrategien).

9 Dazu unten S. 333 ff. (Institutionalisierung der Gerechtigkeit).

10 Dazu oben S. 302 ff. (Kritik an der Notwendigkeit der genuinen Diskursteilnahme).

11 Vgl. *Alexys* methodisches Vorgehen bei der 'unmittelbaren Begründung' der Menschenrechte: *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146 ff. *Alexy* spricht in allen Fällen von diskursiv notwendigen, unmöglichen oder möglichen Normen im engeren Sinn (unmittelbare Begründung: unabhängig von der tatsächlichen Durchführung einzelner Diskurse) sowie diskursiv

Normen näher einzugrenzen, ist eine ergänzende *mittelbare Begründung* sinnvoll, bei der »die Entscheidung über die Menschenrechte einem tatsächlich stattfindenden politischen Prozeß überlassen wird, der aber bestimmten diskurstheoretisch begründeten Anforderungen genügen muß.«[12] Auch im Rahmen der mittelbaren Begründung von Gerechtigkeitsnormen bleibt die Diskurstheorie bestimmend, weil sie die Kriterien für Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln liefert, unter denen reale Verfahren gerechte Ergebnisse hervorbringen können (3). Schließlich bleibt im diskurstheoretischen Rahmen auch Raum für Argumente der individuellen Nutzenmaximierung (4).

1. Die diskurstheoretische Notwendigkeit von Normen

Die diskurstheoretische Notwendigkeit, also der Umstand, daß Gerechtigkeitsnormen eine *notwendige Voraussetzung* von Diskursregeln sind, wird gezeigt, indem man das transzendentale Argument der Begründung von Diskursregeln weiterführt[13]. Die Gerechtigkeitsnormen werden in die Präsuppositionsanalyse der Diskurstheorie einbezogen. So, wie sich bestimmte Sprechakte nicht denken lassen, ohne daß dabei der Diskurs nach den Diskursregeln als Richtigkeitsgarant anerkannt wird, so könnte die Anwendung der Diskursregeln undenkbar sein, ohne daß gleichzeitig bestimmte grundlegende Gerechtigkeitsprinzipien gewährleistet sind (*diskurstheoretische Notwendigkeit*). Methodisch wird bei dieser transzendentalen Argumentation die Präsuppositionsanalyse der Diskurstheorie um Voraussetzungen der spezifischen Kommunikation über Gerechtigkeit erweitert, ohne daß es der Durchführung einzelner (Gerechtigkeits-)Diskurse bedarf.

Die diskurstheoretisch begründeten Gerechtigkeitsnormen sind immer *universalistisch*, da sie mit einer Erweiterung der universell geltenden Diskursregeln in die Lebenswelt begründet werden. Wer beispielsweise argumentiert, daß die Diskursregeln (zusammen mit universell gedachten empirischen Prämissen) notwendig dazu führen, die Autonomie der Mitmenschen anzuerkennen[14], der begründet diese Autonomie unabhängig von historischen Gesellschaften und in diesem Sinne universell. Die universell begründete Autonomie ist damit gleichzeitig *vorpositiv*, gilt also unabhängig von den möglichen Konkretisierungen, die Sozialordnungen annehmen können.

---

notwendigen, unmöglichen und möglichen Normen im weiteren Sinn (mittelbare Begründung: in einem tatsächlich stattfindenden Verfahren). Die erweiterte Terminologie (diskurstheoretisch/diskursiv) wird hier zur Verdeutlichung der Unterschiede zwischen den Argumentationswegen eingeführt.

12 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146. Zustimmend zur Unterscheidung dieser Begründungsformen *H. Koriath,* Diskurs und Strafrecht (1999), S. 188.

13 Vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146 ff.; außerdem *A. Cortina,* Diskursethik und Menschenrechte (1990), S. 44 f. – Die als unhintergehbare pragmatische Voraussetzungen der Kommunikation begründeten Rechte werden dort 'pragmatische Rechte' genannt. Vgl. oben S. 225 ff. (transzendentales Argument).

14 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 148 ff.

2. *Die diskursive Notwendigkeit von Normen*

Ein zweiter Argumentationsweg, in dem Gerechtigkeitsnormen unabhängig von konkreten Diskursen, also unmittelbar, begründet werden, liegt vor, wenn gezeigt wird, daß eine Norm *notwendige Folge* der Diskursregeln ist, also in jedem denkbaren Diskurs als *Ergebnis* bestätigt werden müßte (*diskursive Notwendigkeit*). Bei einem hypothetischen Diskurs ergibt sich die Schwierigkeit, daß dafür erhebliches empirisches Wissen und Prognosen über das Diskussionsverhalten aller Betroffenen erforderlich sind[15]. Die unmittelbare Begründung einer Gerechtigkeitsnorm als diskursiv notwendig ist mit der Unsicherheit belastet, daß sie schon falsifiziert werden kann, indem eine einzige empirische Prämisse oder Verhaltensprognose widerlegt wird[16]. Häufig sind über hypothetische Konsense nur Spekulationen möglich, so daß sich die Aussagen auf wenige elementare Fälle beschränken müssen, in denen sich mit hinreichender Sicherheit sagen läßt, was ein notwendiges Ergebnis unabhängig von der tatsächlichen Durchführung einzelner Gerechtigkeitsdiskurse sei[17].

Auch die unmittelbar als diskursiv notwendig begründeten Gerechtigkeitsnormen sind *universalistisch* in dem Sinne, daß sich Diskursteilnehmer zu allen Zeiten und an allen Orten auf sie einigen müßten. Mögliche Kandidaten für solche Normen sind beispielsweise prinzipielle Tötungsverbote. Will man möglichst konkrete Gerechtigkeitsgebote herleiten, so erscheint es am aussichtsreichsten, die diskursive mit der diskurstheoretischen Begründung zu verbinden. Dabei wird argumentiert, daß unter den Bedingungen einer Sozialordnung, die den diskurstheoretisch notwendigen Gerechtigkeitsgeboten entspricht (z.B.: Gebot einer minimalen Volkssouveränität[18]), jeder Diskurs über die Konkretisierung dieser Gebote notwendig zu bestimmten Ergebnissen gelangen muß (z.B. Geltung der Wahlrechtsgrundsätze[19]). Diese Ergebnisse bilden dann selbst wiederum universalistische Gerechtigkeitsnormen.

3. *Die diskursive Möglichkeit von Normen*

Eine *mittelbare* Begründung von Gerechtigkeitsnormen liegt darin, bestimmte diskurstheoretisch begründete Anforderungen zu formulieren, die sicherstellen, daß die in tatsächlich stattfindenden Einzelverfahren begründeten Normen gerecht sind[20]. Die so begründeten Gerechtigkeitsnormen sind zumindest *diskursiv möglich*, etwa wenn sich ein Parlament entschließt, eine Quellensteuer auf Kapitalgewinne zu verabschieden. Sie sind darüber hinaus *diskursiv notwendig*, wenn kein Fall eines anforderungsgerechten Verfahrens denkbar ist, in dem sie abgelehnt würden, wenn ihre Nicht-Geltung also *diskursiv unmöglich* ist[21]. Eine solche Prognose läßt sich allenfalls für ganz grundlegende Gerechtigkeitsnormen abgeben; man könnte beispielsweise

---

15 Vgl. *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 241 – hypothetische Kriterien.

16 Zum hier verwendeten Falsifikationsbegriff oben S. 264, Fn. 20.

17 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 157.

18 Dazu unten S. 323 (minimale Volkssouveränität).

19 Dazu unten S. 330 (Begründung der Demokratie).

20 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146.

21 Zum logischen Verhältnis zwischen Notwendigkeit und Unmöglichkeit von Normen vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146: »Derartige Rechte sind im engeren Sinne diskursiv notwendig. Ihre Nicht-Geltung ist im engeren Sinne diskursiv unmöglich.«

die These vertreten, daß jedes Parlament, ausreichende Informiertheit und Diskussionsfreiheit vorausgesetzt, die willkürliche Tötung von Menschen verbieten würde.

Um die diskursive Möglichkeit einer Gerechtigkeitsnorm in mittelbarer Begründung darzulegen, ist es eigentlich nötig, das Verfahren tatsächlich durchzuführen. In einer Theorie lassen sich einzelne Verfahren aber nicht vorwegnehmen. Der Kern der mittelbaren Begründung besteht für eine Diskurstheorie der Gerechtigkeit deshalb darin, die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln zu bestimmen, unter denen Verfahren gerechte Ergebnisse hervorbringen; die Theorie muß die realen Bedingungen einer Genese richtigen Rechts aufzeigen. Nun wäre es naheliegend, die vollständige Verwirklichung der Diskursregeln als Verfahrensregeln zu fordern. Da aber die Diskursregeln in *realen* Diskursen nie vollständig verwirklicht werden können, verlagert sich die Aufgabenstellung auf die Frage, welche Annäherung an die regulative Idee des idealen Diskurses in welchen realen Verfahren geboten ist[22].

Die mittelbare Begründung ist *universalistisch,* wenn sie Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln von realen Verfahren bestimmt, die in jeder gerechten Sozialordnung geschaffen werden müssen; sie ist *nichtuniversalistisch,* wenn sie Regeln definiert, die in einer bestimmten Sozialordnung als Annäherung an Diskursideale gefordert sind.

4. *Die entscheidungstheoretisch ergänzte Normbegründung*

Prozedurale Gerechtigkeitstheorien können (schwache) empirische Prämissen enthalten, ohne dadurch ihren Charakter als prozedurale Theorien zu verlieren[23]. Entsprechend kann in einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit die diskurstheoretische Normbegründung durch Argumente der individuellen Nutzenmaximierung unterstützt und verstärkt werden, ohne daß die Theorie dadurch ihren Charakter als Diskurstheorie verlöre[24]. Der kantische Begründungsrahmen bleibt gegenüber solchen hobbesianischen Begründungselementen dominant[25]. Zeigt man beispielsweise, daß es für jeden einzelnen individuell nützlicher ist, wenn eine staatliche Zwangsordnung als *richtige* Ordnung legitimiert wird, dann kann man damit die reale Bedeutung des Richtigkeitsgaranten 'Diskurs' stärken[26]. Methodisch wird die Diskurstheorie dabei lediglich um empirische und analytische Prämissen ergänzt[27]. Das Konzept des allgemeinen praktischen Diskurses ist offen für solche Erweiterungen, denn in

---

22 Vgl. oben S. 218 (D_{Dr}).

23 Dazu oben S. 139 ff. (Grenzziehung zwischen prozeduralen und materialen Theorien).

24 So beispielsweise bei *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 133 ff.

25 Vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 133: »Zur Verstärkung seiner Geltung [der des transzendentalen Arguments] muß ihm als zweiter Teil ein auf individuelle Nutzenmaximierung abstellendes Argument hinzugesellt werden. Die kantische und hobbesianische Linie gehen auf diese Weise bei der Begründung der Diskursregeln eine Verbindung ein. In ihr bleibt die kantische Linie allerdings dominant.«

26 So *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 142 ff.

27 Das rationalistische Nutzenkalkül läßt sich als eine Kombination von empirischen Prämissen (realen, individuellen Nutzenfunktionen) mit einer entscheidungstheoretisch anlysierbaren Logik der strategischen Interaktion auffassen. Vgl. zu dieser Deutung der Entscheidungstheorie als empirisch-analytische Theorie die Ausführungen zur Spieltheorie oben S. 270 ff. (Kritik der spieltheoretischen Grundlegung).

ihm werden außer moralischen auch ethische und pragmatische Fragen und Gründe miteinander verbunden[28].

III. Zu kombinativen Begründungsstrategien

Die Argumentationswege können einzeln verfolgt oder zu einer kombinativen Begründungsstrategie verbunden werden. Die hier verfolgte Begründungsstrategie kann am besten als ein Mittelweg zwischen *Habermas* und *Alexy* charakterisiert werden: Im Vergleich zu *Habermas* soll die Begründungsbrücke zwischen Diskursideal und realen Rechten verstärkt, im Vergleich zu *Alexy* hingegen soll sie abgeschwächt werden.

1. Die Begründungsstrategie bei J. Habermas

Habermas begründet die ersten drei Gerechtigkeitsprinzipien (Handlungsfreiheiten, Mitgliedschaft, Rechtsschutz), die er als Klassen von Grundrechten bezeichnet[29], mit der Aussage: »Diese drei Kategorien ergeben sich schon aus der Anwendung des Diskursprinzips auf das Rechtsmedium als solches«[30]. Ob damit eine Begründung als *notwendiges Ergebnis* oder als *notwendige Voraussetzung* jedes Diskurses über die Etablierung von Rechten gemeint ist, bleibt offen[31]. Eindeutig ist hingegen in *Habermas* Begründungsstrategie, daß die einzelnen Grundrechte zur Konkretisierung der Grundrechtskategorien durch einen Gebrauch der politischen Autonomie hervorgebracht werden. Die diskurstheoretischen Anforderungen an die gesetzliche Autorenschaft bilden die *mittelbare* Begründung der einzelnen Grund- und Menschenrechte. Auch beim Begriff der deliberativen Politik setzt *Habermas* darauf, die »Bedingungen einer legitimationswirksamen Genese des Rechts« aufzuzeigen[32], also Bedingungen, unter denen die Gerechtigkeit durch reale Diskurse begründet wird. Vorbehaltlich interpretatorischer Ungenauigkeiten wird man wohl sagen können, die Begründungsstrategie bei *Habermas* kombiniert den zweiten und dritten der oben genannten Argumentationswege: unmittelbar begründete diskursive Notwendigkeit für die Grundrechtskategorien, mittelbar begründete diskursive Notwendigkeit oder Möglichkeit für die konkreten Grundrechte und sonstigen Rechte.

2. Die Begründungsstrategie bei R. Alexy

Im Gegensatz zu *Habermas* verfolgt *Alexy* eine Begründungsstrategie, die entscheidungstheoretische Elemente einschließt[33], sich aber auf die unmittelbare Begründung

---

28 *R. Alexy,* Jürgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses (1995), S. 173.

29 Dazu oben S. 241 ff. (Gerechtigkeitsprinzipien in Rechtsform).

30 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 156.

31 Zu möglichen Interpretationen siehe oben S. 295 (Übertragbarkeit des Diskursprinzips auf das Recht).

32 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 349 ff. (349); zur Grundlegung ebd., S. 160 f.

33 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 132 f., 142 ff., 151 ff. Dazu oben S. 247 ff. (analytischer Liberalismus).

konzentriert[34]. Menschenrechte und Demokratie werden in ein transzendentales Argument über die notwendigen Voraussetzungen von Diskursen eingebunden und stellen sich dabei selbst als Notwendigkeit dar. Während *Alexys* Autonomieargument *diskurstheoretische* Notwendigkeit im Sinne notwendiger *Voraussetzungen* des Diskurses zeigt, ist das an *Habermas* orientierte Konsensargument auf *diskursive* Notwendigkeit gerichtet, indem es zeigt, daß die Gleichheit der Menschenrechte unabhängig von der Durchführung konkreter Diskurse ein notwendiges *Ergebnis* jedes Diskurses sein muß[35]. *Alexys* Transformationsargument markiert ebenfalls die Umsetzung moralischer Rechte in positives Recht als *notwendiges Ergebnis* eines jeden Diskurses über das Erkenntnis-, das Durchsetzungs- und das Organisationsproblem[36]. Das Demokratieargument schließlich verweist auf die Legitimation durch demokratische Prozeduren und zeichnet die Diskurstheorie als eine Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates aus[37].

Die Begründungsstrategie *Alexys* kombiniert folglich alle vier der oben genannten Argumentationswege, wobei im Zentrum das Autonomieargument steht, nach dem die Anerkennung von Menschenrechten (und Demokratie) bereits eine *notwendige Voraussetzung* für diskursive Legitimation ist (diskurstheoretische Notwendigkeit).

3. *Die hier verfolgte Begründungsstrategie*

Auch hier soll, wie bei *Alexy* und anders als bei *Habermas*, die *unmittelbare* Begründung von Menschenrechten und Demokratie im Zentrum stehen. Entscheidungstheoretische Überlegungen zeigen ergänzend, warum die Institutionalisierung solcher Rechte als positives Gesetz nötig ist. Die Theorie wird vervollständigt durch Aussagen darüber, wie eine *mittelbare* Begründung von Gerechtigkeitsnormen zur Konkretisierung der Grund- und Menschenrechte sowie des richtigen (d.h. gerechten) Rechts insgesamt beitragen kann.

Innerhalb der unmittelbaren Begründung von Menschenrechten und Demokratie ist, wie das Ergebnis des vierten Teils gezeigt hat, bei der Annahme *diskurstheo-*

---

34 *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 147. Die Verbindung der unmittelbaren Begründung mit einer mittelbaren, die im tatsächlichen Gebrauch der öffentlichen Autonomie möglich wird, deutet *Alexy* auf S. 155 an: durch den öffentlichen Gebrauch der Autonomie könne »die unmittelbare diskurstheoretische Begründung der Grund- und Menschenrechte systematisch mit der mittelbaren verbunden werden. Erst diese Verknüpfung führt zu einem voll entwickelten System der Grundrechte.«

35 Vgl. *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 157 ff.: In einigen elementaren Fällen lasse sich (ausnahmsweise) mit Sicherheit sagen, was diskursiv notwendige Ergebnisse eines idealen Diskurses wären. Dem gleichheitsfeindlichen Rassisten stünden keine überprüfbaren Argumente zur Verfügung. Gegenüber einer Elite sei die freiwillige Rechtsaufgabe wegen empirisch belegter Gefahren des Machtmißbrauchs unrealistisch. Zusätzlich wird bei *Alexy* die Gleichheit auch auf das Autonomieargument gestützt; ebd., S. 161 f.

36 Vgl. *R. Alexy*, Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 144 ff. (145) – Wenn Menschenrechte garantiert sein sollen, dann folgt daraus, daß sie in die Form des positiven Rechts transformiert werden müssen.

37 Dazu oben S. 247, Fn. 608.

retischer Notwendigkeiten Zurückhaltung geboten[38]. Nur in engen Grenzen vermag eine solche Begründung Elemente von Demokratie und Menschenrechtsordnung zu stützen. Im wesentlichen muß sie inhaltlich auf eine minimale Volkssouveränität und die für deren Nutzung erforderliche Existenzsicherung und Meinungsäußerungsfreiheit in politischen Angelegenheiten (*political speech*) beschränkt bleiben. Nur insoweit läßt sich, zusammen mit empirischen und analytischen Prämissen, das transzendentale Argument anführen, daß die universelle Anerkennung der Autonomie im Handeln eine *notwendige Voraussetzung* für menschliche Kommunikation darstellt[39].

Die unmittelbare Begründung verstärkt sich allerdings, indem die *diskursive* Notwendigkeit eines Konsenses über die Anerkennung von Menschenrechten und Demokratie gezeigt wird. Nimmt man schwache empirische Prämissen über die Wirkungszusammenhänge der Lebenswelt hinzu, so müssen die wichtigsten Kategorien von Grundrechten als *ein notwendiges Ergebnis* jeder idealen menschlichen Kommunikation über staatliche Ordnung angesehen werden. Durch diese beiden Argumentationsschritte zusammen lassen sich universelle und vorpositive Menschenrechte zumindest als konkretisierungsbedürftige Kategorien diskursiv begründen, ohne daß es auf die Durchführung konkreter Diskurse ankäme[40]. Der Diskurs unter idealen Bedingungen fungiert dabei als (hypothetisches) Verfahren *reiner prozeduraler Gerechtigkeit*[41].

Ergänzt wird die unmittelbare Begründung zunächst durch die entscheidungstheoretischen Überlegungen dazu, was eine Konkretisierung und Institutionalisierung der Grundrechtskategorien als positives Recht notwendig macht.

Die mittelbare Begründung gerechten Rechts kann schließlich nur darin bestehen, die »Bedingungen einer legitimationswirksamen Genese des Rechts« aufzuzeigen[42] – d.h. die »diskurstheoretisch begründeten Anforderungen«[43], unter denen die in juristischen und politischen Verfahren getroffenen Entscheidungen gerecht sind. Dadurch, daß für reale Verfahren bereits die unmittelbar begründeten Menschenrechtskategorien normativ vorgegeben sind, gibt es insoweit teils einen äußeren Rahmen und teils einen verfahrensexternen Maßstab für Gerechtigkeit. Reale Diskurse und andere Verfahren explizieren deshalb nicht mehr reine prozedurale Gerechtigkeit, sondern es kommen nur noch die Gedanken der *quasi-reinen, unvollkommenen* und *vollkommenen prozeduralen Gerechtigkeit* zum Ausdruck[44]. Als Verfahren *quasi-reiner* Verfahrensgerechtigkeit gilt beispielsweise die Auswahl, die ein Gesetzgeber unter unzähligen diskursiv möglichen und damit gerechten Entscheidungen treffen kann[45]. Als Verfahren *unvollkommener* Verfahrensgerechtigkeit, bei der die Verfahrensdurchführung nur die Aufgabe hat, ein aufgrund verfahrensexterner Kriterien als gerecht

---

38 Dazu oben S. 302 ff. (Kritik an der Notwendigkeit der genuinen Diskursteilnahme).

39 Dazu unten S. 321 ff. (diskurstheoretisch notwendige Gerechtigkeitsnormen).

40 Dazu unten S. 326 ff. (diskursiv notwendige Gerechtigkeitsnormen).

41 Dazu oben S. 127 (reine prozedurale Gerechtigkeit).

42 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 349.

43 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 146.

44 Dazu oben S. 127 (reine prozedurale Gerechtigkeit).

45 Vgl. oben S. 128 (quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit).

feststehendes Ergebnis real zu erreichen, wurde bereits der Strafpozeß erwähnt[46]. Ob es im Recht auch Verfahren *vollkommener* prozeduraler Gerechtigkeit gibt, etwa beim Zivilprozeß, ist eine Frage der einzelnen Rechtsordnung[47]. Reale Rechtsdiskurse verbinden also Konstruktionselemente sowohl der definitorischen Verfahrensgerechtigkeit (quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit) als auch der dienenden Verfahrensgerechtigkeit (vollkommene und unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit)[48]. In welchem Verhältnis diese Konstruktionselemente zueinander stehen, ist indes eine bisher ungeklärte Frage[49]. Sie wird hier für die Elemente einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit am Beispiel westlicher Demokratien in Grundzügen zu beantworten sein[50].

Für die Reihenfolge innerhalb dieser kombinativen Begründungsstrategie liegt es nahe, mit den vorpositiven Gerechtigkeitsnormen, die unmittelbar begründet werden können, zu beginnen (B), dann die Notwendigkeit ihrer Institutionalisierung darzulegen (C), um schließlich die mittelbare Begründung bei konkreten Diskursen in staatlich organisierten Verfahren zu untersuchen (D).

IV. Ergebnisse

Gerechtigkeitsnormen lassen sich *unmittelbar* begründen, indem man ihre *diskurstheoretische* oder *diskursive Notwendigkeit* zeigt; sie lassen sich *mittelbar* begründen, indem man die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln definiert, unter denen reale Diskurse gerechte Ergebnisse hervorbringen. Es bietet sich an, diese Begründungsformen zu einer kombinierten Begründungsstrategie zu verbinden.

B. Zur unmittelbaren Begründung von Menschenrechten und Demokratie

In welchem Umfang müssen Menschenrechte und Demokratie in jeder staatlichen Rechtsordnung realisiert sein? Diese Grundfrage zur persönlichen und öffentlichen Autonomie, zu Freiheits- und Gleichheitsrechten der Bürger betrifft die Spitze der rechtsstaatlichen Normenpyramide. Wenn Menschenrechte gerechtigkeitstheoretisch geboten sein sollten, dann deshalb, weil sie die Integrität des einzelnen gegen staatliche Eingriffe und gegen Übergriffe der Mitbüger zu schützen vermögen. Als Kontrollinstrumente können sie nur funktionieren, wenn ihnen der höchste Rang unter den Rechtsnormen zukommt – der Status von Grundrechten. Derartige höchstrangige Normen sind in den Diskurstheorien von *Habermas* und *Alexy* begründet worden. Doch bleibt keine der Begründungsweisen frei von Kritik. Hier soll deshalb die skizzierte kombinative Begründungsstrategie verfolgt werden, die einerseits im

---

46 Dazu oben S. 126 (unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit).

47 Dazu oben S. 129 (dienende Verfahrensgerechtigkeit).

48 Ebenso *U. Neumann,* Zur Interpretation des forensischen Diskurses (1996), S. 424.

49 Auch *U. Neumann,* Zur Interpretation des forensischen Diskurses (1996), S. 424 ff., der diese Einschätzung teilt, greift sie nicht auf. Bei *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 16 ff. ist nur dargestellt, daß hier unterschiedliche Komponenten der prozeduralen Gerechtigkeit einfließen.

50 Dazu unten S. 334 ff. (mittelbare Begründung gerechten Rechts).

Vergleich zu *Habermas* die Begründungsdichte beim Übergang von dem Diskursideal zu realen Rechten erhöht, die aber andererseits im Vergleich zu *Alexy* zurückhaltendere Schlußfolgerungen für die diskurstheoretische Notwendigkeit einer realen Anerkennung von Autonomie zieht.

I. *Der universelle Geltungsbereich*

»Die Universalität der Menschenrechte bestreiten, heißt, die Menschenrechte bestreiten.«[51] Diese These *Krieles* bringt trefflich zum Ausdruck, daß es schon zum *Begriff* der Menschenrechte gehört, sie als vorpositive Verbindlichkeit für jede Sozialordnung anzusehen[52]. Vermittelt durch die Kommunikationsgrundrechte erstreckt sich diese Verbindlichkeit auf Grundgedanken der Demokratie[53]. Doch ein starker Geltungsanspruch verlangt, gerade weil die tatsächliche Anerkennung universeller Menschenrechte in der internationalen Gemeinschaft nach wie vor hinter dem Menschenrechtsideal von Deklarationen und Konventionen zurücksteht, nach einer starken Begründung[54]. *Kriele* meint, dem ausweichen zu können, indem er die Begründungspflicht umkehrt: Nicht die Befürworter universeller Menschrechte müßten die Richtigkeit des Universalitätsgedankens zeigen, sondern die Menschrechtsverletzer ihr Handeln rechtfertigen. Die damit geltend gemachte Evidenz, die vielleicht bei der Ungerechtigkeit von Folter noch plausibel ist[55], trägt allenfalls einen Mindestgehalt von Menschenrechten, der als Schnittmenge der konkreten Freiheiten und Gleichheitssätze sowohl in westlichen Demokratien als auch in sozialistischen Staaten, islamischen Theokratien und traditionellen Stammeskulturen anerkannt wird[56]. Und selbst insoweit gilt: Was evident ist, müßte sich besonders gut begründen lassen. Gelingt eine Begründung indes nicht, so ist das ein Indiz, daß auch mit der behaupteten Evidenz etwas nicht stimmt.

---

51 *M. Kriele,* Zur Universalität der Menschenrechte (1993), S. 47; ähnlich bereits *ders.,* Die demokratische Weltrevolution (1987), §§ 12 ff. (S. 39 ff.). Ebenso *D. Klippel,* Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts (1976), S. 124 ff. (»Absolutheitsanspruch«); *J. Donnelly,* Universal Human Rights in Theory and Practice (1989), S. 9 ff. Zweifelnd *L. Kühnhardt,* Universalität der Menschenrechte (1991), S. 133 ff.: »Menschenrechtsuniversalität in der Anfechtung«. Differenzierend zwischen einer Universalität der *Idee* der Menschenrechte und einer solchen ihrer *Verwirklichung: K. Stern,* Zur Universalität der Menschenrechte (1998), S. 1066 f.

52 Dazu etwa *L. Kühnhardt,* Menschenrechte, politisches Denken und politische Systeme (1988), S. 71 ff. m.w.N.

53 Vgl. *J. Donnelly,* Universal Human Rights in Theory and Practice (1989), S. 88 ff. – notwendige Verbindung zwischen universellen Menschenrechten und einem demokratischen Verfassungsstaat im Sinne des westlichen Liberalismus.

54 Vgl. zu Theorien kulturellen Relativismus *L. Kühnhardt,* Menschenrechte, politisches Denken und politische Systeme (1988), S. 69 f. – Universalität im Sinne allgemeiner faktischer Verwirklichung der Menschenrechte sei von der Universalität ihrer theoretischen Begründung zu unterscheiden; außerdem *K. Stern,* Zur Universalität der Menschenrechte (1998), S. 1071 ff.

55 So das wichtigste Argument für die Argumentationslastverteilung bei *M. Kriele,* Zur Universalität der Menschenrechte (1993), S. 53.

56 Vgl. zum europäisch-amerikanischen Ursprung der Menschenrechte *K. Stern,* Zur Universalität der Menschenrechte (1998), S. 1066 ff. m.w.N.

Es ist zudem fraglich, ob sich die Universalität der Menschenrechte als vorpositive Verbindlichkeit auf alle Einzelrechte in völkerrechtlichen Konventionen beziehen kann[57]. Zweifel hieran sind um so berechtigter, als derlei Menschenrechte inzwischen in ihrer 'dritten Generation' weitreichende Befugnisse beinhalten, wie sie in den meisten Ländern der Welt nicht gewährleistet werden und teils nicht einmal gewährleistet werden können[58]; wer akut Gefahr läuft zu verhungern, dem nützen politisch-demokratische Rechte wenig[59]. Zwar mag es möglich sein, die Universalität *einzelner* Menschenrechte und *einzelner* Elemente des westlichen Demokratieverständnisses zu begründen und damit ihrer Verurteilung als westliches Kulturgut zu entrinnen. Äußerst unplausibel, ja »vermessen«[60] muß es aber erscheinen, wenn ausgerechnet diejenige Ausprägung, die sich geschichtlich in Staaten der westlichen Hemisphäre entwickelt hat und deren Grundelemente Individualität und Säkularität sind, ohne nähere Begründung absolut gesetzt wird[61]. Vor dem Hintergrund einer derartigen 'Menschenrechtsdichte' müßten Zweifel entstehen, ob beispielsweise der Islam als kulturelles System mit einem universellen Menschenrechtsverständnis westlicher Prägung überhaupt vereinbar ist[62]. Solchen inhaltlichen Zweifeln am Ergebnis stehen methodische zur Seite. Wenn man diskurstheoretisch beurteilen will, ob kulturspezifische Rituale wie die Zwangsbeschneidung von Frauen ungerecht sind[63], weil sie einen Verstoß gegen ein insoweit universell geltendes Menschenrecht

---

57 Vgl. *L. Kühnhardt,* Universalität der Menschenrechte (1991), S. 229: »Die Untersuchungen haben zu dem Ergebnis führen müssen, daß sich historisch und ideengeschichtlich kein Nachweis über die Existenz des Menschenrechtsbegriffs in ausgewählten politischen Kulturen vor ihrer Berührung und Reibung mit der westlichen Welt finden läßt.«

58 Die erste Generation bürgerlicher und politischer Rechte kann man als individualistisch und freiheitlich, die zweite Generation ökonomischer und sozialer Rechte als solidarisch und egalitär und die dritte Generation der gemeinschaftlichen und kulturellen Rechte als kollektivistisch bezeichnen; vgl. *J. Donnelly,* Universal Human Rights in Theory and Practice (1989), S. 143 f. – mit der Parallele zu 'liberty', 'equality' und 'fraternity'. Zur Kritik an der Generationenlehre: ebd., S. 144 ff. (146): »insurmountable conceptual problems«. Zur Kennzeichnung der dritten Generation als Rechte zur Befriedigung wirtschaflicher, sozialer und kultureller Bedürfnisse *K. Stern,* Zur Universalität der Menschenrechte (1998), S. 1071.

59 Zu dieser Skepsis gegenüber westlich konnotierten Menschenrechtskatalogen siehe *J.K. Nyerere,* Essays on Socialism (1968), S. 10.

60 *K. Stern,* Zur Universalität der Menschenrechte (1998), S. 1063 f.

61 Zu den Unterschieden im Menschenrechtsverständnis westlicher Demokratien, afrikanischer Staaten und islamischer Gesellschaftsordnungen siehe *J. Donnelly,* Universal Human Rights in Theory and Practice (1989), S. 49 ff.; *L. Kühnhardt,* Universalität der Menschenrechte (1991), S. 86 ff., 142 ff., 212 ff.; *J. Hinkmann,* Philosophische Argumente für und wider die Universalität der Menschenrechte (1996), S. 10 ff., 80 ff., 104 ff. Zum Islam außerdem *C.E. Ritterband,* Universeller Menschenrechtsschutz und völkerrechtliches Interventionsverbot (1982), S. 519 ff.; *L. Müller,* Islam und Menschenrechte (1996), S. 111 ff. Zu relativistischen Menschenrechtskonzeptionen etwa *S.P. Sinha,* Human Rights: Freeing Human Rights from Natural Rights, in: ARSP 70 (1984), S. 342 ff., 378 ff. (Menschenrechte als wertvolle Ideologie); *ders.,* Non-Universality of Law (1995), S. 193 ff. (Nichtuniversalität des Rechts insgesamt). Vergleichend *J. Hinkmann,* Philosophische Argumente für und wider die Universalität der Menschenrechte (1996), S. 79.

62 Vgl. *S.P. Huntington,* The Clash of Civilizations? (1993), S. 38. Diese Gefahr übersieht *Fukuyama;* vgl. oben S. 24, Fn. 12.

63 Zum Problem der Beschneidung von Frauen in Afrika vgl. *H. Lightfoot-Klein,* Das grausame Ritual (1992), S. 43 ff.; zur Klitorisbeschneidung während des letzten Jahrhunderts in England und Nordamerika als 'Behandlung' gegen Masturbation und 'lesbische Neigungen': ebd., S. 214 ff.; zu

darstellen, dann kann das durch unterschiedliche Begründungsstrategien geschehen, die nicht alle gleichermaßen geeignet sind, Universalität zu begründen[64].

Die Universalität und ihre Begründungsbedürftigkeit werden durch den Prinzipiencharakter der Menschenrechte beeinflußt. Nach ihrem Inhalt führen die Menschenrechte und Grundfreiheiten zu latenten Zielkonflikten zwischen Einzelrechten, die stets eine Abwägung kollidierender Rechte erfordern. Solche Abwägungen geben den Rechten je nach den sozialen Rahmenbedingungen unterschiedliche Gestalt: die Wohnraumbewirtschaftung in der Nachkriegszeit, die Nahrungspreisbindung in Hungersnöten, die Ein-Kind-Politik in Zeiten der Bevölkerungsexplosion könnten mit der Idee universeller Menschenrechte vereinbar sein, während sie unter normalen Bedingungen die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte verletzen würden. Einerseits verschärft sich dadurch die Begründungsbedürftigkeit, weil der Kreis der unter allen Umständen 'evidenten' Menschenrechte kleiner wird[65]. Andererseits bietet sich im Prinzipiencharakter eine neue Chance für die Begründungsfähigkeit, wie sie *Jansen* in dem Konzept einer freistehenden Prinzipientheorie der Gerechtigkeit zum Ausdruck gebracht hat[66].

Trotz aller Unsicherheit über den Inhalt universeller Menschenrechte kann mindestens das zu ihrem unbestrittenen Kanon gezählt werden, was gelegentlich auch als »harter Kern des Gerechtigkeitsmaßstabes« bezeichnet wird: die Verbote von Sklaverei, Hexenverfolgung, feudalistischer Kastenbildung, mörderischer Rassen- oder Klassendiskriminierung sowie absoluter Herrschaft ausgewählter Einzelpersonen oder solcher Parteien, die für sich in Anspruch nehmen, die 'Wahrheit' erkannt zu haben[67]. Doch selbst für diesen Kernbereich ist die diskurstheoretische Begründung nicht einfach. Die Diskurstheorie besagt nur (aber auch immerhin), daß man sich der Richtigkeit des eigenen Handelns nur in Diskursen vergewissern kann[68], daß diese Diskurse (zumindest näherungsweise) nach den Diskursregeln zu erfolgen haben und daß sie als reale Diskurse bei nahezu allen Menschen gemäß deren normaler Lebensform zumindest gelegentlich vorkommen[69]. Eine gerechtigkeitstheoretische Begründung der Menschenrechte muß hingegen *Handlungsnormen* rechtfertigen, die für das Handeln *aller* Menschen unter *allen* Umständen gelten sollen. Wer freiwillig, gelegentlich und zu Einzelfragen an Diskursen teilnimmt, erklärt damit nicht implizit seine Bereitschaft, sich zwangsweise, fortdauernd und umfassend einer Kontrolle seines *Handelns* durch Diskurse auszusetzen.

---

einer Analyse der verschiedenen Erscheinungsformen in menschenrechtlicher Sicht vgl. *J. Hinkmann,* Philosophische Argumente für und wider die Universalität der Menschenrechte (1996), S. 86 ff.

64 Dazu oben S. 314 ff. (Zu kombinativen Begründungsstrategien).

65 *W. Brugger,* Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte (1997), S. 23 ff. hält selbst das Folterverbot unter besonderen Umständen in einer Abwägung mit anderen Rechten (Rettung vor terroristischer Erpressung) für überwindbar.

66 Dazu oben S. 286 ff. (Kritik an *Rawls'* politischem Liberalismus).

67 *F. Bydlinski,* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab (1996), S. 138 f.; ähnlich *W. Brugger,* Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte (1997), S. 13 ff.

68 Dazu oben S. 250 (T_R).

69 Vgl. oben S. 248 ff. (Teilnahme an der allgemeinsten Lebensform).

II. Die diskurstheoretisch notwendigen Gerechtigkeitsnormen

1. Eine Modifikation der Argumentationsfolge Alexys

Um den Schritt von der sprachpragmatischen Geltung der Diskursregeln hin zur Geltung der Menschenrechte im Handeln zu vollziehen, kann im wesentlichen an die Argumentationsfolge von *Alexy* angeknüpft werden, wobei allerdings bei der empirischen Prämisse über die Bedingungen der Existenz realer Diskurse ('Schritt 6') größere Zurückhaltung geboten ist[70]. Die modifizierte Argumentation enthält folgende Einzelschritte:

(1) Man kann sich der Richtigkeit nur im Diskurs vergewissern. (2) Regierungen haben ein objektives Interesse an der Legitimation ihrer Herrschaft, müssen also deren Richtigkeit behaupten. (3) Wer an Diskursen teilnimmt, setzt die Autonomie seiner Gesprächspartner im Diskurs voraus. (4) Wer ernsthaft an Diskursen teilnimmt (genuine Diskursteilnahme), will soziale Konflikte durch diskursiv erzeugte und kontrollierte Konsense lösen. (5) Wer soziale Konflikte durch Konsense lösen will, akzeptiert die Autonomie seiner Gesprächspartner auch im Handeln. (6) Wer verhindern will, daß das Interesse der Diskurspartner am Diskurs und damit die Möglichkeit der Legitimation 'auf Null oder fast auf Null' sinkt, muß *die genuine Diskursteilnahme wenigstens gelegentlich heucheln.* (7) Wer genuine Diskursteilnahme heuchelt, erkennt damit die Autonomie seiner Gesprächspartner im Handeln immer noch objektiv an.

Was bedeutet dieser einschränkend formulierte 'Schritt 6' der Argumentation? Warum genügt es beispielsweise dem Militärdiktator, daß er *'gelegentlich'* eine genuine Diskursteilnahme heuchelt? Sein objektives Interesse an der Legitimation der Herrschaft beschränkt sich auf deren Stabilität wenigstens zu seinen Lebzeiten[71]. Eine Legitimation läßt sich zwar nicht durch Akklamationswahlen, Regierungsdemonstrationen, Medienkontrolle und ähnliche Diktaturmittel, sondern nur durch Diskurse begründen. Doch die empirische Prämisse, daß zur Stabilitätssicherung legitimationsverbürgende Diskurse nötig sind, kann nur mit abgeschwächtem Inhalt aufrechterhalten werden: Den Betroffenen muß nur (aber auch immerhin) eine *Chance* bleiben, daß soziale Konflikte durch Konsense gelöst werden[72]. Angesichts dieser Motivationslage weiß ein kluger Diktator, daß er nicht uneingeschränkt und jederzeit seine Bereitschaft heucheln muß, das Regieren konsensfähig zu machen. Er kann es sich in vielen Fragen erlauben, Legitimationsmöglichkeiten unverblümt zu ignorieren, kann also beispielsweise öffentliche Regierungskritik und politische Opposition weitgehend beschränken. Dadurch verstößt er weder gegen innere Gesetzmäßigkeiten der Kommunikation noch gegen sein (pragmatisch beschränktes) Interesse an Richtigkeit. Wenn allerdings die Herrschaft vollständig in ein offenes Unrechtsregime umschlägt, weil nicht einmal ein Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird und

---

70 Dazu oben S. 302 ff. (Kritik an der Notwendigkeit der genuinen Diskursteilnahme). Der 'Schritt 6' der Begründung bei *Alexy* wurde wie folgt charakterisiert: '(6) Wer verhindern will, daß das Interesse der Diskurspartner am Diskurs und damit die Möglichkeit der Legitimation »auf Null oder fast auf Null« sinkt, der muß die genuine Diskursteilnahme wenigstens heucheln.'

71 Vgl. hierzu und zum folgenden die Besprechung der Argumentationsfolge *Alexys* oben S. 250 ff. (Begründung von Freiheit und Demokratie).

72 Vgl. oben S. 302 ff. (Kritik und Beispiele zur Motivation für eine Diskursteilnahme).

schon gar nicht die Chance einer diskursiven Kontrolle gewahrt bleibt, dann wird der Legitimationsmangel so gravierend, daß die langfristige Stabilität gefährdet ist[73]. Insoweit gilt dann die empirisch-analytische Argumentation: Stabilität erfordert Legitimation und diese erfordert mindestens geheuchelte genuine Diskursteilnahme. Das Mindeste, zu dem ein Militärdiktator bereit sein muß, um das eigene (d.h. begrenzte) objektive Interesse an Richtigkeit zu verfolgen, ist das *gelegentliche* Heucheln einer genuinen Diskursteilnahme. Mehr ist für Stabilität nicht in jedem Fall nötig, und mehr implizierte Anerkennung von Rechten kann dem kommunikativen Handeln auch nicht entnommen werden. Damit erkennt ein Diktator zwar Autonomie und Menschenrechte nicht insgesamt als notwendige Voraussetzungen seiner Kommunikation an, doch werden immerhin einzelne Grundsätze der Menschenrechts- und Demokratieidee vorausgesetzt, wenn sich eine Regierung überhaupt irgendwann Diskursen stellt.

2. *Die notwendig vorausgesetzten Prinzipien (N_S N_M N_E N_G)*

Welches sind diejenigen Einzelgrundsätze, die selbst dann notwendig vorausgesetzt werden müssen, wenn sich jemand nur *gelegentlich* der Richtigkeitskontrolle in Diskursen stellt? Solche Grundsätze können in einer Präsuppositionsanalyse der Kommunikation erschlossen werden, erweitert durch die schwache empirische Prämisse, daß Regierende ein (durch Stabilitätsziele begrenztes) objektives Interesse an Richtigkeit haben.

Wer sich zumindest gelegentlich in Diskursen mit anderen über praktische Richtigkeit verständigt, setzt dabei die Geltung der Diskursregeln voraus. Er erkennt deshalb erstens die Autonomie der anderen in diesem Diskurs an. Und er erkennt zweitens an, daß der *Diskurs unter Menschen,* nicht etwa die göttliche Eingebung oder ähnliches, insoweit das adäquate Verfahren zur Begründung der Richtigkeit bietet (anthropozentrisches Erkenntnismodell). Wer als Regierender gelegentlich ernsthaft an Diskursen teilnimmt (genuiner Diskursteilnehmer) oder die ernsthafte Teilnahme jedenfalls heuchelt, der erkennt erstens in diesem Diskurs objektiv an, daß die dabei behandelten Fragen sozialen Handelns tatsächlich durch Konsense aller Betroffenen beantwortet werden sollten. Er erkennt zweitens objektiv an, daß der Diskurs unter Menschen, nicht etwa die autoritative Entscheidung oder der Zufall[74], insoweit das adäquate Verfahren zur Begründung der sozialen Ordnung bietet (anthropozentrisches Souveränitätsmodell).

Der Grundsatz der anthropozentrischen Souveränität kann als unhintergehbare Voraussetzung von Kommunikation und Staatlichkeit angesehen werden. In ihm ist erstens anerkannt, daß *Menschen* entscheiden, und zweitens, daß sie auch über die *Herrschafts*ordnung entscheiden. Selbst ein 'König von Gottes Gnaden' muß sich gelegentlich bei seinen Bürgern vergewissern, ob sie sein Gottesgnadentum nach wie vor für richtig halten. Das bedeutet nicht, daß ein Regierender sein Handeln *immer*

---

73 Vgl. oben S. 37 ff. (notwendiger Anspruch des Rechts auf Richtigkeit).

74 Vgl. *B. Barry,* Political Argument (1965), S. 84 ff., der außer dem Diskurs und der autoritativen Entscheidung fünf Verfahren nennt: Schlagabtausch (*combat*), Verhandlung (*bargaining*), Abstimmung (*voting*), Los (*chance*) und Wettkampf (*contest*).

diskursiv kontrollieren lassen müßte[75]. Denn hier genügt, daß für die Regierten eine *Chance* der Einflußnahme besteht. Aber jedenfalls kann sich ein Regierender nur im Zusammenwirken mit den Betroffenen der Richtigkeit eines Handelns vergewissern[76], und es ist für ihn ein pragmatisches Gebot, daß er eine solche Vergewisserung zumindest *gelegentlich* auch vornimmt. Man könnte dies eine *'minimale Volkssouveränität'* nennen.

Die Anerkennung dreier weiterer Grundsätze ist Voraussetzung dafür, daß eine diskursive Kontrolle des Regierungshandelns, und sei sie nur gelegentlich, überhaupt stattfinden kann. Wer einen realen Diskurs über die Regeln der sozialen Ordnung führen will, muß in diesem Diskurs mindestens politische Meinungsäußerungsfreiheit, Existenzberechtigung und Gleichheit zugestehen, wobei Gleichheit auch die Einbeziehung aller kommunikationsfähigen Betroffenen bedeutet. Dies sind diejenigen Anforderungen aus den Diskursregeln[77], die sich in *jedem* realen Diskurs verwirklichen lassen, gleichgültig wie dessen sonstige Rahmenbedingungen aussehen mögen (z.B. Entscheidungsdruck[78]). Werden sie nicht gewährleistet, so ist die Kommunikation nicht länger der regulativen Idee des idealen Diskurses verpflichtet. Sie kann kein Garant praktischer Richtigkeit sein; es handelt sich dann *nicht* mehr um einen *Diskurs*[79]. Wer beispielsweise gelegentlich das Gespräch über Fragen der Sozialordnung sucht, gleichzeitig aber alle Oppositionsführer töten läßt, ihnen die Meinungsäußerung verbietet oder sie sonst von der Kommunikation abschneidet, der kann keinerlei Legitimationswirkung von einem solchen Gespräch erwarten. Mangels Richtigkeitsorientierung führt eine Regierung, die dies tut, keinen Diskurs. Mehr noch: Sie verhält sich insoweit widersprüchlich, denn die vier Grundsätze stellen sich als notwendige Voraussetzungen von Kommunikation und Staatlichkeit dar. Eine Apartheidsregierung oder die Regierung einer Sklavereigesellschaft handelt nicht schlüssig, wenn sie einerseits meint, die Richtigkeit ihrer sozialen Ordnung begründen zu können, andererseits aber die unterdrückte Minderheit (oder sogar eine Mehrheit) nie zu Wort kommen läßt.

Diese Präsuppositionsanalyse bedeutet *nicht,* daß sich Regierende aus diskurstheoretischer Notwendigkeit zu jeder Zeit und in jeder Hinsicht einer diskursiven Kontrolle zu stellen hätten. Sie müssen gelegentlich Diskurse über die Sozialordnung zulassen. Das Regierungshandeln muß sich aber nicht vollständig nach diesen richten, sondern es genügt, wenn im Prinzip anerkannt ist, daß durch Diskurse eine gewisse Einflußnahme auf die soziale Ordnung möglich wird. Ein Militärdiktator, der reale Diskurse grundsätzlich zuläßt, sie in militärischen Fragen aber verbietet, handelt nicht widersprüchlich. Dadurch unterscheiden sich die hier entwickelten

---

[75] Die diskursive Kontrolle des gesamten Regierungshandelns gehört indes zu den spezifischen Merkmalen des demokratischen Verfassungsstaates; vgl. *R. Zippelius,* Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft (1996), S. 84 f. – demokratische 'Rückkoppelung'.

[76] Vgl. oben S. 250 (T_R).

[77] Vgl. oben S. 222 ff. (Diskursregeln).

[78] Zu Gründen, warum in realen Diskursen nie alle Bedingungen eines idealen Diskurses verwirklicht werden können, siehe oben S. 218 ff. (Diskursarten).

[79] Zum Begriff des idealen und realen Diskurses siehe D_{Di} und D_{Dr} oben S. 218 ff. Zum Charakteristikum der Richtigkeitsorientierung vgl. S. 232 (*arguing vs. bargaining*).

Grundsätze von dem Autonomieprinzip A und dem allgemeinen Freiheitsrecht R_F[80]. Die Relativierung kann mit der Formulierung 'im Prinzip' ausgedrückt werden[81]:

N_S: *Grundsatz der anthropozentrischen Souveränität:* Im Prinzip haben Menschen das Recht, die Regeln der sie betreffenden sozialen Ordnung zu bestimmen.

N_M: *Grundsatz der politischen Meinungsfreiheit:* Im Prinzip haben Menschen das Recht, ihre Meinung in politischen Angelegenheiten zu äußern.

N_E: *Grundsatz der menschlichen Existenzberechtigung:* Im Prinzip haben Menschen ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

N_G: *Grundsatz der Gleichheit:* Bezüglich dieser Grundsätze sind alle Menschen im Prinzip gleich.

Der inhaltlichen Schwäche dieser Grundsätze[82] steht die Stärke ihrer Geltung gegenüber: Allein durch eine Analyse der Kommunikationsbedingungen zusammen mit der schwachen empirischen Prämisse über ein begrenztes objektives Interesse der Regierenden an Richtigkeit kann die diskurstheoretische Notwendigkeit der Grundsätze begründet werden. Sie gelten deshalb zu allen Zeiten und an allen Orten, solange die Annahmen über die allgemeinste Lebensform des Menschen (Kommunikation)[83] und das pragmatische Interesse der Regierung zutreffend sind. Sie sind in diesem Sinne universell, wenn auch nicht letztbegründet[84].

Folge der Universalität ist, ganz im Sinne der Menschenrechtsidee, ihre Unverzichtbarkeit und Unveräußerlichkeit[85]. Die Grundsätze können beispielsweise nicht

---

80 Vgl. insoweit das Autonomieprinzip und das allgemeine Freiheitsrecht (hier mit Hervorhebungen): zu A (»Es ist wünschenswert, daß [*alle*] Menschen ihr Verhalten *nur* nach der freien Annahme von Prinzipien richten, die sie, nach genügender Reflexion und Beratung, als gültig beurteilen.«) oben S. 250; zu R_F (»*Jeder* hat [*zu jedem Zeitpunkt*] das Recht, [*in jeder Hinsicht*] frei zu beurteilen, was geboten und was gut ist, und entsprechend zu handeln.«) oben S. 253.

81 Es mag hier offen bleiben, ob N_S bis N_G trotz ihrer inhaltlichen Schwäche noch Prinzipien im Sinne der *Prinzipientheorie* sind, also nicht-regelhafte Normen mit inhärenter Optimierungstendenz. Immerhin tragen N_S bis N_G die Ausnahmen bereits in sich. Den Status von Optimierungsgeboten könnte man ihnen wohl nur zusprechen, wenn man gleichzeitig ein starkes gegenläufiges Prinzip als abwägungsrelevant gegenüberstellte, etwa ein solches der *Realpolitik* samt der damit implizierten Spielräume.

82 Zu ihr sogleich S. 325 (inhaltliche Schwäche der Prinzipien).

83 Zu dieser Annahme als Teil der Begründung der Diskursregeln siehe oben S. 248 (Teilnahme an der allgemeinsten Lebensform als Begründungselement bei *Alexy*).

84 Zur Kritik an der Letztbegründung vgl. oben S. 261 (Münchhausen-Trilemma). Zur Widerlegbarkeit der Grundsätze siehe unten S. 325 (mögliche Widerlegung).

85 Vgl. zum Gedanken der Unveräußerlichkeit von Menschenrechten: Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Resolution 217 (III) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948, übersetzt und abgedruckt in: B. Simma/U. Fastenrath (Hrsg.), Menschenrechte (1992), S. 5-10, Präambel: »Da die Anerkennung der allen Mitgliedern der menschlichen Familie

dadurch ausgehebelt werden, daß in einem realen Diskurs ein Konsens erzielt wird, zukünftig nur noch den König und seine dynastischen Thronfolger über die Richtigkeit der Herrschaft befinden zu lassen. Eine solche Selbstentäußerung der Erkenntniskompetenz ist unmöglich, denn der Richtigkeit kann man sich nur im Diskurs vergewissern[86]. Auch ein solchermaßen 'ermächtigter' König müßte sich in der Zukunft zumindest gelegentlich der Richtigkeit seiner Herrschaft in Diskursen mit anderen vergewissern. Diese Notwendigkeit und mit ihr den Grundsatz der anthropozentrischen Souveränität (N_S) erkennt er bereits an, indem er kommuniziert und regiert. Um aber reale Diskurse führen zu können, sind auch N_M, N_E und N_G notwendig vorausgesetzt. Also sind die mit diesen Grundsätzen ausgedrückten Rechte genauso unverzichtbar wie die Erkenntniskompetenz selbst.

3. *Die inhaltliche Schwäche der Prinzipien*

Immerhin markieren die vier Prinzipien jedes Sklaverei- oder Apartheidsregime, in dem die Unterdrückten nicht einmal eine Chance haben, die Regeln der sie betreffenden Sozialordnung mitzubestimmen, als ungerecht. Entsprechendes gilt für die Vernichtung von Menschen in einem Genozid. Abgesehen von solchen eindeutigen Beispielen erweisen sich die Prinzipien aber als inhaltlich schwach. Beispielsweise könnten sie eine Sozialordnung wie das Apartheidsregime des vorreformatorischen Südafrika nicht als ungerecht qualifizieren. Dort waren die unterdrückten Bevölkerungsgruppen am öffentlichen Diskurs über Reformen beteiligt. Diese Diskurse waren von idealen Bedingungen weit entfernt, doch sie eröffneten immerhin eine Chance, daß Reformen durchgeführt würden. Damit war die Einflußnahmemöglichkeit durch öffentliche Meinungsäußerung 'im Prinzip' anerkannt, hat aber an der Realität des Apartheidsregimes lange Zeit nichts ändern können. Eine derartige Kombination aus grundsätzlicher Anerkennung diskursiver Kontrollmöglichkeiten bei gleichzeitiger Wirkungslosigkeit in der realen Sozialordnung läßt sich mit je unterschiedlichen Nuancen auch für China, Singapur und den Iran feststellen[87]. Als *diskurstheoretische Notwendigkeit* lassen sich die bei solchen Staaten defizitären Menschenrechte (z.B. Wahlrecht, Eigentum, allgemeine Gleichheit) nicht begründen.

4. *Zu möglichen Widerlegungen der Prinzipien*

Mit alledem ist keine Letztbegründung gegeben, sondern es gibt definierte Punkte, an denen ein Versuch zur Falsifizierung dieser Diskurstheorie der Gerechtigkeit ansetzen könnte[88]. Eine Widerlegung der bisherigen Aussagen kann analytisch oder empirisch begründet werden. Als analytische Widerlegung müßte sie zeigen, daß die Präsuppositionsanalyse der Diskurstheorie falsch ist. Nur dadurch ließe sich die These erschüttern, daß jede Kommunikation, verbunden mit der empirischen Prämisse eines beschränkten objektiven Interesses jeder Regierung an Richtigkeit, die

---

innewohnenden Würde und ihrer gleichen und unveräußerlichen Rechte die Grundlage der Freiheit, der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bildet, ...«.

86 Dazu oben S. 250 (T_R).

87 Vgl. zu diesen Beispielen oben S. 299 ff. (Illustration).

88 Zum hier verwendeten Falsifikationsbegriff oben S. 264, Fn. 20.

Geltung der vier Prinzipien bereits notwendig voraussetzt. Als empirische Widerlegung müßte sie belegen, daß eine der empirischen Prämissen unzutreffend ist. Dazu könnte bezweifelt werden, daß ein argumentierendes Begründen zur allgemeinsten Lebensform des Menschen gehört. Oder es könnte behauptet werden, daß es Regierungen gibt, die *kein* pragmatisches Interesse an Richtigkeit haben. Am erfolgversprechendsten erscheint dieser letzte Widerlegungsversuch. Tatsächlich läßt sich nicht positiv beweisen, daß es niemals eine Regierung geben kann, die dauerhaft stabil ist, ohne die Richtigkeit ihrer Herrschaft geltend zu machen, also als offenes Unrechtsregime. Aber gegen die empirische Möglichkeit einer legitimationsfreien Stabilität spricht immerhin, daß es keine Regierungen gibt, die darauf verzichten, ihre Legitimität zu behaupten[89].

5. *Ergebnisse*

Eine um schwache empirische Prämissen erweiterte Präsuppsitionsanalyse der menschlichen Kommunikation kann begründen, daß die objektive Anerkennung der Grundsätze der anthropozentrischen Souveränität, der Gleichheit im Diskurs, der politischen Meinungsfreiheit und der menschlichen Existenzberechtigung *diskurstheoretisch notwendig* sind. Bestimmte Formen von Sklaverei, Apartheid und Genozid erweisen sich bereits dadurch als ungerecht. Im übrigen erlauben die Grundsätze nur eine schwache Gerechtigkeitskontrolle.

III. *Die diskursiv notwendigen Gerechtigkeitsnormen*

1. *Zur Begründung der Gleichheit*

Während bisher nach denjenigen Normen gesucht wurde, die notwendige *Voraussetzungen* für Kommunikation und Staatlichkeit sind, soll nun danach gefragt werden, was die notwendigen *Ergebnisse* von Diskursen über Gerechtigkeitsnormen sein müssen. Dabei sollen zunächst nur solche Ergebnisse interessieren, die unabhängig von der Durchführung konkreter Diskurse eintreten müssen (unmittelbare Begründung). Man stellt dazu auf einen »hypothetischen Konsens ab, den reale Personen unter idealen Bedingungen erreichen würden.«[90] *Alexy* hat für den allgemeinen Gleichheitssatz bereits eine solche Begründung vorgelegt (Konsensargument[91]). Dem ist an dieser Stelle nichts hinzuzufügen; der allgemeine Gleichheitssatz ist diskursiv notwendig. Er schließt sowohl rassistische als auch elitäre Begründungen von Rechtsungleichheit aus.

---

[89] Vgl. dazu *M. Kriele,* Zur Universalität der Menschenrechte (1993), S. 47 ff.

[90] *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 157.

[91] *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 155 ff. Dazu oben S. 254 (Begründung der Gleichheit).

2. *Zur Begründung der Freiheit*

a) *Ein Grundrecht auf optimierte Freiheiten (N_F)*

Die Begründungsweise des Konsensarguments kann auf andere Gerechtigkeitsnormen ausgedehnt werden und dadurch eine zusätzliche Last bei der Begründung von Menschenrechten und Demokratie tragen, die den diskurstheoretischen Notwendigkeiten nicht aufzubürden war[92]. In Anlehnung an *Rawls* und *Habermas* kann zunächst ein Recht auf optimierte Freiheiten formuliert werden[93]:

> N_F: *Grundrecht auf optimierte Freiheiten:* Jeder hat das Recht auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten.

Das Grundrecht auf optimierte Freiheiten ist diskursiv notwendig. So, wie sich Ungleichheit in einem idealen Diskurs über Gerechtigkeitsprinzipien nicht rechtfertigen ließe, so kann auch kein Grund gegen die Optimierung subjektiver Handlungsfreiheiten angeführt werden.

Vor der Begründung dieser These muß zunächst betont werden, daß ein System größtmöglicher Freiheiten noch nicht bedeutet, es müsse dabei eine bestimmte Gewichtung der Freiheiten geben. Das Grundrecht N_F drückt beispielsweise nicht aus, daß dem Freiheitsrecht auf Nutzung privaten Grundeigentums gegenüber einem möglichen Recht auf Bewegungsfreiheit ein bestimmter Vorrang eingeräumt werden müßte – sozialistische Vorstellungen über das Primat kollektiven Eigentums sind nicht ausgeschlossen. N_F legt auch nicht fest, daß eine Staatsordnung laizistisch sein muß, sondern erlaubt beispielsweise Konkretisierungen des Rechtssystems, in denen bestimmten religiösen Freiheiten Vorrang vor künstlerischen oder politischen Freiheiten eingeräumt wird. Dadurch unterscheidet sich dieses Grundrecht auf optimierte Freiheiten unter anderem von *Rawls* erstem Gerechtigkeitsprinzip, das zwar ähnlich formuliert ist, inhaltlich aber bereits ein bestimmtes Maß an politischen Handlungsfreiheiten voraussetzt. Das Grundrecht N_F *gebietet* nicht bestimmte Einzelfreiheiten, sondern *verbietet* lediglich, daß eine staatliche Ordnung ohne sachlichen Grund ungleich behandelt bzw. ohne Abwägung mit anderen Freiheitsinteressen Handlungsbeschränkungen errichtet. N_F enthält insoweit ein *Verbot staatlicher Willkür* im Sinne eines allgemeinen Gleichheitssatzes sowie das *Gebot der Verhältnismäßigkeit,* das dem Staat verbietet, ungeeignete, nicht erforderliche oder unangemessene

---

92 Zur gebotenen Zurückhaltung oben S. 302 ff. (Kritik an der Notwendigkeit der genuinen Diskursteilnahme).

93 Vgl. oben S. 203 (N_1: »Jede Person hat das gleiche Recht auf das umfangreichste Gesamtsystem gleicher Grundfreiheiten, das mit einem entsprechenden Freiheitssystem für alle vereinbar ist.«), S. 209 (N_1': »Jede Person hat einen gleichen Anspruch auf ein vollständig angemessenes System gleicher Grundrechte und Freiheiten, das mit dem gleichen System für alle verträglich ist; und in diesem System muß den gleichen politischen Freiheiten, und nur diesen Freiheiten, ihr fairer Wert garantiert werden.«) und *Habermas'* erste Grundrechtskategorie oben S. 241 (»Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des *Rechts auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten* ergeben. ...«).

Freiheitsbeschränkungen zu errichten. Auch ohne Konkretisierung auf Einzelfreiheiten liegt in N_F damit bereits ein Grundbestand formaler Freiheitssicherungsmittel.

Das Grundrecht auf optimierte Freiheiten widerlegt nur derjenige, der zeigen kann, daß es möglich ist, die Diskursregeln einzuhalten, dabei ein begrenztes objektives Interesse an Richtigkeit zu wahren und trotzdem unter idealen Bedingungen des Diskurses die Geltung von N_F abzulehnen[94]. Wer argumentiert, ein Staat dürfe Freiheit auch ohne Abwägung mit anderen Freiheitsinteressen beschränken, etwa weil es (unabhängig von realen religiösen Interessen) ein Gottesgebot sei, daß ein bestimmter Berggipfel niemals von Menschen bestiegen werde, der rekurriert damit auf obskure Vorstellungen über praktische Vernunft. Damit würde er entweder dem Grundsatz anthropozentrischer Souveränität[95] widersprechen, nach dem es allein Sache der Menschen ist, über die Regeln ihres Zusammenlebens zu entscheiden. Oder er würde einen Begründungsverzicht fordern, der mit der empirischen Prämisse eines begrenzten objektiven Interesses an Richtigkeit nicht in Einklang zu bringen ist. Also ist es unter den *notwendigen Voraussetzungen* von Kommunikation und sozialer Ordnung eine *notwendige Folge,* die Geltung von N_F anzuerkennen.

b) *Die diskursiv notwendigen Einzelfreiheiten*

Welche Freiheiten müssen notwendig in ein Gesamtsystem optimierter Freiheiten, wie es N_F erfordert, einbezogen werden? Einen ersten Anhaltspunkt bieten die Grundsätze der politischen Meinungsfreiheit N_M und der menschlichen Existenzberechtigung N_E. Ihre diskurstheoretische Notwendigkeit reicht nur so weit, wie sie für die Existenz realer Diskurse über Fragen der sozialen Ordnung vorausgesetzt werden müssen. Doch wenn sie überhaupt irgendwie vorausgesetzt werden müssen, dann müssen sie, gleich mit welchem Gewicht, jedenfalls *Teil* des Gesamtsystems optimierter Freiheiten sein, das durch N_F gefordert ist. Dasselbe kann für alle Kommunikationsgrundrechte gelten, die für eine Optimierung politischer Meinungsäußerung jedenfalls ansatzweise erforderlich sind. Auch sie sind diskursiv notwendige Einzelfreiheiten. Diskursiv notwendig sind folglich, ohne daß ihr relatives Gewicht damit bestimmt wäre, *erstens* das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (einschließlich des Rechts auf persönliche Freiheit und der Freiheit von Folter) und *zweitens* die politische Meinungsäußerungsfreiheit mit allen ihren Voraussetzungen, also Vereinigungs-, Versammlungs-, Presse-, Rundfunk- und Informationsfreiheit sowie Gewissens-, Religions-, Kunst-, private Meinungsfreiheit und das Recht auf Privatsphäre (alle als Voraussetzung zur Meinungsbildung) und schließlich auch Rechte, die zur Verwirklichung dieser Freiheiten notwendig sind, insbesondere subjektive Rechte auf Schutz durch den Staat, soziale Grundrechte sowie das Recht auf ein Existenzminimum[96]. Durch dieses System vorpositiv begründeter Einzelfreiheiten, besonders durch die zuletzt erwähnten Rechte auf Schutz und Existenzminimum, wird insgesamt ein Konzept der *Menschenwürde* begründet[97].

---

[94] Vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 158 – dort zur Gleichheit.

[95] Dazu oben S. 321 ff. (N_S).

[96] Vgl. *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 154 – dort allerdings als diskurstheoretische Notwendigkeit begründet. Vgl. oben S. 253 (konkrete Freiheitsrechte).

[97] Vgl. *F. Bydlinski,* Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab (1996), S. 160 f.

Sämtliche Einzelrechte sind diskursiv notwendig, wenn es darum geht, ein System optimierter Freiheiten zu entwickeln. Es gibt keine Gründe, sie nicht jedenfalls mit einem Kerngehalt in die Gesamtabwägung der Freiheitsrechte einzubeziehen. Eine Staatsordnung, die eine dieser Freiheiten kategorisch verbietet, etwa die Presse- oder Religionsfreiheit ganz abschafft, genügt nicht länger dem Grundrecht auf optimierte Freiheiten und ist schon deshalb ungerecht.

Die Konkretisierung von N_F auf Einzelfreiheiten eröffnet neue Widerlegungsmöglichkeiten, denn in ihr verbirgt sich die zusätzliche (schwache) empirische Prämisse, daß es sich in allen Fällen um Freiheiten handelt, die zur Optimierung politischer Meinungsäußerung und damit zur souveränen Gestaltung der sozialen Ordnung durch Menschen beitragen können. Nur wegen dieses Potentials dürfen sie – nach der hier verfolgten 'kommunikationszentrierten' Begründung – in einem System weitestgehender Freiheiten jedenfalls nicht vollständig unberücksichtigt bleiben. Wer begründen kann, daß eine der Freiheiten mit menschlicher Gestaltungshoheit über die soziale Ordnung nichts zu tun hat, der hätte die diskursive Notwendigkeit insoweit widerlegt. Doch eine derartige Widerlegung erscheint sachlich ausgeschlossen.

c) *Zu den Grenzen einer Eigentumsbegründung*

Schwieriger erscheint die Begründung von Privateigentum, Besitzrechten, Immaterialgüterrechten und Schutz vor Enteignung. Wer deren diskursive Notwendigkeit behaupten wollte, müßte begründen, daß es niemals eine von freien und gleichen Menschen souverän gestaltete Sozialordnung geben könnte, in der individuelle Eigentumsrechte weitgehend ausgeschlossen sind. So eine weitgehende Folgerung ergibt sich jedenfalls nicht schon aus den *materiellen* Voraussetzungen realer Diskurse, denn ein Existenzminimum und ein staatlicher Schutz der Freiheitsbetätigung gegen Übergriffe ist auch denkbar, ohne daß Individualeigentum begründet wird. Doch kann die Begründung von Eigentumsrechten in zweierlei Hinsicht gelingen. Erstens ist die Schaffung und Nutzung von Privateigentum in einem Kernbereich nichts anderes als eine besondere Form der Handlungsfreiheit (Arbeitstheorie des Eigentums[98]). Zumindest ein solcher Kernbereich des Privateigentums muß darum Bestandteil eines jeden Systems optimierter Freiheiten sein. Und zweitens ist der Schutz vor *willkürlicher* Enteignung aus denselben Gründen diskursiv notwendig, aus denen bereits das allgemeine Verbot staatlicher Willkür begründet war[99].

Im übrigen muß die Gestaltung der Eigentumsordnung konkreten Diskursen überlassen bleiben. Ihre Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit kann nur in einer mittelbaren Begründung untersucht werden[100]. Einer unmittelbaren Begründung sind insoweit enge Grenzen gesetzt.

---

98 Vgl. zu dieser Theorie von *J. Locke* oben S. 84 ff., Fn. 210.

99 Dazu oben S. 327 (Grundrecht auf optimierte Freiheiten).

100 Dazu unten S. 334 ff. (mittelbare Begründung gerechten Rechts).

3. *Zur Begründung der Güterordnung*

Nicht unmittelbar begründbar sind auch die Verteilungsprinzipien der Gerechtigkeit, die häufig als Prinzipien der 'sozialen Gerechtigkeit' bezeichnet werden und regelmäßig die Güterordnung und die Möglichkeit von Umverteilung im Interesse materieller Gleichstellung betreffen. Im eng begrenzten Umfang sozialer Grundrechte und eines Rechts auf das Existenzminimum sind Umverteilungsansprüche bereits als Voraussetzungen der Freiheitsnutzung gewährleistet. Im übrigen aber, wie beispielsweise bei dem von *Rawls* vorgeschlagenen Differenzprinzip, gilt, daß solche Gerechtigkeitsgrundsätze *nicht* als notwendige Folge des diskursiven Erkenntnisverfahrens begründet werden können. Die abstrakte Festlegung einer gerechten Eigentumsordnung ist genauso unmöglich wie jede konkrete Abgrenzung zwischen Einzelfreiheiten: Aus der Diskurstheorie läßt sich insoweit *kein bestimmtes Sozialmodell* ableiten.

4. *Zur Begründung der Demokratie (N_D)*

Diskursiv notwendig sind hingegen die politischen Grundrechte und institutionellen Mindestgarantien des demokratischen Verfassungsstaates. Dazu gehören Wahl- und Abstimmungsrechte, Wählbarkeitsrechte, Staatsbürgerschaftsrechte, die Grundelemente des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips (Gewaltenteilung, Bindung der Gewalten an das Recht, Wahlrechtsgrundsätze, Mehrheitsprinzip, Verantwortlichkeit der Regierung u.v.m.). Sie alle folgen aus der Verbindung des Souveränitätsgedankens in N_S mit dem Optimierungsgedanken in N_F zu einem Grundsatz der optimalen diskursiven Kontrolle der sozialen Ordnung[101], dem ein Grundrecht auf Demokratie entspricht:

> N_D: *Grundrecht auf Demokratie:* Jeder hat das Recht auf die optimale diskursive Kontrolle der sozialen Ordnung in Form eines demokratischen Verfassungsstaates.

Schon der Grundsatz der anthropozentrischen Souveränität (N_S) besagt, daß es diskurstheoretisch notwendig ist, jedenfalls *gelegentlich* die Richtigkeit der sozialen Ordnung einer Kontrolle in realen Diskursen auszusetzen. Mit dem Grundrecht auf optimierte Freiheiten (N_F) läßt sich dieser Grundsatz zu einem solchen der *fortgesetzten* diskursiven Kontrolle erweitern, denn nur diese kann eine Optimierung begründen[102]. Dabei ist es schon durch das Gleichheitsgebot im realen Diskurs (N_G) ausgeschlossen, eine solche 'Optimierung' in der Kontrolle durch einzelne Gruppen zu sehen, etwa durch reale Diskurse innerhalb einer Staatspartei[103]. In einem idealen Diskurs über die richtige soziale Ordnung kann es keine Gründe geben, die optimale diskursive Kontrolle zu verweigern. Damit ist der erste Teil von N_D begründet.

Zur Begründung des zweiten Teils von N_D muß gezeigt werden, daß nur die Form eines demokratischen Verfassungsstaates, also eine zumindest in Grundzügen

---

[101] Dazu oben S. 220 (realer Diskurs als diskursive Kontrolle).

[102] Vgl. oben S. 112, Fn. 350 (*marketplace of ideas,* Zitat aus dem KPD-Verbotsurteil).

[103] Dazu oben S. 299 ff. (Illustration; Argumente gegen *Habermas'* Begründung am Beispiel Chinas).

bestimmbare Vielzahl von individuellen Rechten und institutionellen Garantien, für die optimale diskursive Kontrolle der sozialen Ordnung sorgen kann. Dazu sind weitergehende empirische Prämissen und analytische Begründungsschritte nötig, die hier nicht im einzelnen dargelegt werden können. Einschränkend muß angesichts der unterschiedlichen Rahmenbedingungen von Gesellschaften angemerkt werden, daß die Gerechtigkeitsnorm N_D nicht notwendig bedeutet, die Demokratie müsse, so sie noch nicht verwirklicht ist, übergangslos eingeführt werden[104].

Die Darstellung von Grundzügen einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit beschränkt sich hier darauf, den Status der Demokratiebegründung festzulegen: Das Grundrecht auf Demokratie einschließlich des implizierten Demokratiegebots ist *diskursiv notwendig,* gilt also unabhängig von der Durchführung konkreter Diskurse für jede Form der sozialen Ordnung. Daraus folgt, daß Staaten unabhängig von den in ihnen stattfindenden realen Diskursen unter Umständen als ungerecht beurteilt werden können, weil sie Grundparameter der demokratischen Organisation nicht verwirklichen[105]. Die chinesische Staatsordnung ist danach nicht schon wegen ihrer sozialistischen Eigentumsordnung ungerecht, wohl aber wegen ihres Verzichts auf eine optimale diskursive Kontrolle, konkret also wegen der sachlich nicht weiter begründeten Unterdrückung von Opposition im Interesse einer Parteiwahrheit. Mit N_D ist indes noch *keine* Festlegung auf eine bestimmte Demokratieform verbunden[106], auch nicht etwa auf westliche Demokratien nach nordamerikanischem oder europäischem Muster. Es kann beispielsweise in den schon erörterten Fällen von Singapur und dem Iran[107] kein Verstoß gegen N_D festgestellt werden, weil beide Staaten zwar die Meinungsäußerung und allgemeine Handlungsfreiheit in einer Weise beschränken, wie sie in westlichen Demokratien nicht akzeptabel wäre, sich aber, wenn auch mit ganz anderer Gewichtung, dem Grundsatz einer optimierten Freiheit ihrer Bürger (N_F) noch verpflichtet fühlen und eine diskursive Kontrolle der sozialen Ordnung (N_D) grundsätzlich zulassen. Solche Staatsordnungen lassen sich erst dann als ungerecht bezeichnen, wenn sich zeigt, daß ihre Konkretisierung von Einzelfreiheiten nicht in konkreten Diskursen erfolgte, die diskurstheoretischen Anforderungen genügen, wie sie in einer mittelbaren Begründung formuliert werden können[108].

---

104 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 39, S. 245 f. (*nonideal theory*) sowie bereits *E. Brunner,* Gerechtigkeit (1943), S. 236 ff., der zu Recht darauf hinweist, daß in der Stufenfolge staatlicher Ordnungsbildung vor allem erst einmal eine Friedensordnung errichtet werden muß, was nicht unter allen Umständen durch unmittelbare Einführung einer Demokratie möglich ist. Die Geschichte der Demokratien in Afrika bietet reiches Anschauungsmaterial für dieses Problem.

105 Im Ergebnis ähnlich, wenn auch bezogen auf positives Recht, verläuft die völkerrechtliche Diskussion zum Anspruch auf Demokratie. Vgl. *B. Bauer,* Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie (1998), S. 234 ff. m.w.N.

106 Vgl. auch *P. Tschannen,* Stimmrecht und politische Verständigung (1995), S. 494 ff., wonach eine diskurstheoretische Demokratiebegründung nicht nur eine Konkurrenz-, sondern auch eine Konkordanzdemokratie schweizerischen Musters zu tragen vermag.

107 Dazu oben S. 299 ff. (Illustration; Frage nach der Gerechtigkeit von China, Singapur und dem Iran vor dem Hintergrund von *Habermas'* Gerechtigkeitsbegründung).

108 Dazu unten S. 334 ff. (mittelbare Begründung gerechten Rechts).

5. *Zu möglichen Widerlegungen der Grundrechte*

Auch bezüglich der diskursiv notwendigen Gerechtigkeitsnormen lassen sich Ansatzpunkte für eine mögliche Falsifizierung markieren[109]. Eine Widerlegung müßte zeigen, daß der hypothetische Konsens, den reale Personen unter idealen Bedingungen erreichen würden, nicht notwendig alle genannten Grundrechte und Ordnungsprinzipien einschließen muß. Das könnte *analytisch* gelingen, wenn sich zeigen ließe, daß jenseits bloßer Spekulation niemals Aussagen darüber möglich sind, was Ergebnis eines idealen Diskurses sein muß; den besten Schutz gegen eine solche analytische Widerlegung mit dem Argument des 'Münchhausen-Trilemmas' bietet der Verzicht auf Letztbegründung[110].

Eine *empirische* Widerlegung müßte belegen, daß eine der empirischen Prämissen unzutreffend ist. Hier konnten die weitergehenden empirischen Prämissen, nach denen nur die Form eines demokratischen Verfassungsstaates geeignet ist, die optimale diskursive Kontrolle der sozialen Ordnung zu erreichen, nicht im einzelnen dargelegt werden. Die relative Konkretisierungsoffenheit, die für den demokratischen Verfassungsstaat angenommen wurde, macht eine empirische Widerlegbarkeit aber jedenfalls unwahrscheinlich.

IV. *Ergebnisse*

Menschenrechte und Demokratie lassen sich weitgehend unmittelbar begründen, also ohne Rückgriff auf konkrete Diskurse. Eine diskurstheoretische Präsuppositionsanalyse, erweitert um schwache empirische Prämissen, kann dabei zeigen, daß die Grundsätze der anthropozentrischen Souveränität, der politischen Meinungsäußerungsfreiheit, der Gleichheit im Diskurs und der menschlichen Existenzberechtigung bei jeder Kommunikation über Gerechtigkeit notwendig vorausgesetzt werden müssen (*diskurstheoretische Notwendigkeit*). Sie sind damit aber nicht ausnahmslos, sondern nur 'im Prinzip' objektiv anerkannt, haben also noch nicht den Status vorpositiver Menschenrechte. Mit Hilfe des hypothetischen idealen Diskurses – einem Verfahren der reinen prozeduralen Gerechtigkeit – lassen sich darüber hinaus einzelne Gerechtigkeitsprinzipien begründen (*diskursive Notwendigkeit*). Dazu gehören ein umfassendes System öffentlicher und privater Freiheiten, der allgemeine Gleichheitssatz, das Gebot der Verhältnismäßigkeit und ein Grundrecht auf Demokratie. Die spezifische Abwägung der Freiheitsrechte untereinander, die Begründung einer Eigentumsordnung und die konkrete Institutionalisierung eines demokratischen Verfassungsstaates folgen hingegen nicht aus einem idealen Diskurs. Die Gerechtigkeit solcher Konkretisierungen kann nur in einer mittelbaren Begründung unter Bezugnahme auf reale Diskurse gezeigt werden[111].

---

109 Zum hier verwendeten Falsifikationsbegriff oben S. 264, Fn. 20.

110 Dazu oben S. 261 ff. (Münchhausen-Trilemma).

111 Dazu unten S. 334 ff. (mittelbare Begründung gerechten Rechts).

C. *Zur Institutionalisierung der Gerechtigkeit (Trittbrettfahrerproblem)*

Die Frage der Institutionalisierung von Gerechtigkeitsnormen gehört nach der Mindestgehaltsthese zu den notwendigen Themen einer politischen Gerechtigkeitstheorie, denn die Theorie muß sich gegenüber Konzepten des Anarchismus bewähren[112]. Das kann sie nur, wenn gezeigt wird, daß es überhaupt notwendig ist, staatliche Macht auszuüben. Für die Notwendigkeit staatlicher Machtausübung gibt es Gründe, die keine bestimmte Gerechtigkeitsbegründung voraussetzen, sondern sich allein an Effizienzüberlegungen orientieren.

Am Beispiel des Trittbrettfahrerproblems[113] läßt sich zeigen, warum handlungsleitende Normen in die Rechtsform überführt und dadurch mit staatlichem Zwang sanktioniert werden müssen. Ohne eine solche Institutionalisierung der Normen wäre es für den einzelnen am vorteilhaftesten, von allen anderen die Einhaltung der Normen zu erwarten, sich selbst aber nicht an sie zu halten. Wenn beispielsweise alle anderen für ein öffentliches Verkehrsmittel zahlen, ich selbst aber schwarzfahre, so ist das die für mich vorteilhafteste Lösung, bei der ich ein gutes Nahverkehrsnetz ohne eigene Kosten nutzen kann. Wäre dies zulässig, würde also ein für alle wirksamer Zwang fehlen, so wäre mein Vorteil aber schnell verloren, denn dann würden auch alle anderen die Zahlung einstellen und die Finanzierung des Nahverkehrs bräche zusammen. Ohne einen wirksamen Zwang befinde ich mich folglich in einem Dilemma, dem Trittbrett- oder Schwarzfahrerdilemma. Dem anarchistischen Ideal der Freiheit von staatlichen Zwängen läßt sich deshalb entgegenhalten: Nur die Institutionalisierung von Normen, ihre Bewehrung mit staatlichem Zwang, kann die Normdurchsetzung und damit die Realisierung von Kooperationsgewinnen in der Gemeinschaft sichern[114].

Dem ist von *Michael Taylor* entgegengehalten worden, daß der positive Altruismus und die freiwillige Kooperationsbereitschaft nur deshalb so schwach seien, weil der Staat sich bereits regelnd eingemischt habe[115]. Der Staat sei wie eine süchtigmachende Droge: er werde erst dadurch notwendig, daß man in eine Abhängigkeit gerate, die durch den Staat selbst erzeugt sei[116]. Angesichts der Empfindlichkeit der altruistischen Balance ist dieser Einwand indes nicht plausibel: Schon wenige offen und sanktionslos agierende Schwarzfahrer könnten genügen, um eine Kettenreaktion

---

112 Dazu oben S. 117 (Mindestgehaltsthese); vgl. *A. de Jasay*, Social Contract Free Ride (1989), S. 205 ff. – *unfairness of anarchy*.

113 Dazu etwa *M. Olson*, The Logic of Collective Action (1965), S. 2: »[E]ven if all of the individuals in a large group are rational and self-interested, and would gain if, as a group, they acted to achieve their common interest or objective, they will still not voluntarily act to achieve that common or group interest.« Fallbeispiele bei *G.J. Hardin*, The Tragedy of the Commons (1986), S. 1243 ff.

114 Vgl. *H.L.A. Hart*, Concept of Law (1961), S. 91 – Notwendigkeit autoritativer Entscheidung über Regelverletzung.

115 *M. Taylor*, Anarchy and Cooperation (1976), S. 134.

116 *M. Taylor*, Anarchy and Cooperation (1976), S. 134.

in Gang zu setzen, die das Finanzierungssystem vernichtet[117]. Die Ingerenz des Staates kann deshalb nicht als einziger Grund für menschliche Unvollkommenheit angesehen werden. Auch *Gauthiers* Auffassung, daß sich eine beschränkte Maximierung (*constrained maximization*) allein entscheidungsrational begründen lasse, wurde bereits widerlegt[118]. Deshalb bleibt es bei dem Ergebnis: Zumindest einige Normen müssen mit Rechtsmacht staatlich erzwungen werden.

Es gilt: Die unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen müssen in der Form zwingenden Rechts institutionalisiert werden, weil nur die Institutionalisierung von Normen, ihre Bewehrung mit staatlichem Zwang, die Normdurchsetzung und damit die Realisierung von Kooperationsgewinnen in der Gemeinschaft sichern kann.

D. Zur mittelbaren Begründung gerechten Rechts

Bei der mittelbaren Begründung gerechten Rechts verlagert die Diskurstheorie den Blick von den inhaltlichen Geboten der Menschenrechte und Demokratie hin zu den Prozeduren und Institutionen, die in einem demokratischen Verfassungsstaat notwendig sind, um die Erzeugung gerechten Rechts sicherzustellen; sie wird zur »Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates«[119]. Als solche kann sie diskurstheoretische Bedingungen formulieren, die für Verfahren und Institutionen gelten müssen. Im folgenden geht es nur um die Verfahren.

I. Der verfassungsrelative Geltungsbereich

Wenn nach Gerechtigkeitsnormen gesucht wird, die Bedingungen realer Verfahren so bestimmen, daß die Erzeugung gerechten Rechts jedenfalls gefördert wird, dann ist damit nicht länger die universalistische[120], sondern eine verfassungsrelative Perspektive eingenommen: Es wird bereits vorausgesetzt, daß eine *konkrete* Verfassungsordnung existiert oder durch den Prozeß der Verfassunggebung begründet wird. Diese muß dem Gerechtigkeitsrahmen entsprechen, der durch die unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen (Menschenrechte und Demokratie) gesetzt ist. Soweit nicht ausdrücklich anders gekennzeichnet, beziehen sich die rechtsdogmatischen Beispiele im folgenden auf die gegenwärtige Staatsordnung der Bundesrepublik Deutschland, ohne daß dabei der Anspruch aufgegeben würde, daß die Aussagen als allgemeine Gehalte einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit jedenfalls sinngemäß auch für alle anderen demokratischen Verfassungsstaaten zutreffen.

---

117 Auch *Taylor* gesteht zu, daß die reale Kooperation bei vielen 'Spielern' eher unwahrscheinlich wird als bei einem 'Zweipersonenspiel'; *M. Taylor,* Anarchy and Cooperation (1976), S. 92 f. – Ergebnisse zum *N-person supergame.*

118 Dazu oben S. 191 ff. (moralischer Gehalt der Theorie *Gauthiers*).

119 *R. Alexy,* Diskurstheorie und Menschenrechte (1995), S. 164. Dazu oben S. 247, Fn. 608. Ähnlich *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 143 ff. (146).

120 Dazu oben S. 318 (universeller Geltungsbereich bei unmittelbarer Begründung).

1. *Die Merkmale des demokratischen Verfassungsstaates*

Wenn aus der Diskurstheorie die Bedingungen von gerechtigkeitsverbürgenden Verfahren entwickelt werden sollen, so muß zunächst gefragt werden, welche Funktion solchen Verfahren im demokratischen Verfassungsstaat zukommt. Der Begriff des demokratischen Verfassungsstaates – wie der Demokratiebegriff allgemein – ist dabei ähnlich umstritten wie derjenige der Gerechtigkeit[121]. Der kleinste gemeinsame Nenner ist von *Lincoln* in der *'Gettysburg Address'* formuliert worden. Danach ist die Demokratie eine Herrschaft des Volkes, durch das Volk und für das Volk (*»government of the people, by the people, and for the people«*)[122]. In Anlehnung an die deutsche Verfassungsjudikatur läßt sich weiter konkretisieren, daß es sich um einen Staat mit freiheitlicher demokratischer Grundordnung handeln muß, d.h. um »eine Ordnung ..., die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt«[123]. Freiheits- und Gleichheitsrechte, Rechtsstaatlichkeit und Volkssouveränität einschließlich parlamentarischer Gesetzgebung nach dem Mehrheitsprinzip sind damit die Grundparameter der institutionalisierten Ordnung, deren Verfahren im folgenden untersucht werden sollen.

2. *Das relative Primat des Prozeduralen*

In demokratischen Verfassungsstaaten kann von einem 'relativen Primat des Prozeduralen' gesprochen werden[124]. Mit dem 'Primat des Prozeduralen' ist gemeint, daß in einer Situation der inhaltlichen Unbestimmtheit die gerechte Entscheidung nur durch regelhaftes Verfahren gefunden werden kann. Von einem 'relativen' Primat muß man deshalb sprechen, weil sich die Verfahrensergebnisse innerhalb der Vorgaben zu halten haben, die durch unmittelbar begründete Gerechtigkeitsnormen gesetzt sind[125]. Das am Mehrheitserfordernis orientierte Gesetzgebungsverfahren ist ein Beispiel dafür. Aber auch im Gerichts- und Verwaltungsverfahren sind prozedurale Garantien immer dann geboten, wenn inhaltliche Gewißheit nicht herzustellen

---

[121] Vgl. *G. Jochum,* Materielle Anforderungen an das Entscheidungsverfahren in der Demokratie (1997), S. 23 f. – Unmöglichkeit einer allgemeinen und umfassenden Begriffsbestimmung der Demokratie. Zu den Differenzen der Demokratiebegriffe bei *Schumpeter, Barber, Gould* und *Dahl* siehe *T. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 143 ff. Für eine kurze Übersicht zu den Begriffen partizipatorischer, liberaler und repräsentativer Demokratie siehe *A. Cortina,* Diskursethik und partizipatorische Demokratie (1993), S. 240 ff. Zur Abgrenzung des demokratischen Verfassungsstaates vom demokratischen Rechtsstaat und vom formellen Rechtsstaat *R. Alexy,* Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat (1998), S. 258 ff. m.w.N.

[122] Rede vom 19. November 1863, Text in: *A. Rock,* Dokumente der amerikanischen Demokratie (1947), S. 166.

[123] BVerfGE 2, 1 (12 f.) – SRP; bestätigt in BVerfGE 5, 85 (140) – KPD. Zur Analyse der Judikatur *C. Gusy,* Die 'freiheitliche demokratische Grundordnung' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1980), S. 279 ff.

[124] Ähnlich *R. Pitschas,* Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren (1990), S. 401 ff., 429 ff. m.w.N.; *A. Cortina,* Diskursethik und partizipatorische Demokratie (1993), S. 238 f.; *T. Vesting,* Prozedurales Rundfunkrecht (1997), S. 94 ff.

[125] Vgl. oben S. 216 (prozedurale und substantielle Verfassungsregeln).

ist. Für die Garantie eines wirksamen Rechtsschutzes und für die Mitwirkungsbefugnisse bei inhaltlichen Entscheidungen über risikoreiche Großprojekte läßt sich das beispielhaft mit der deutschen Verfassungsjudikatur belegen[126]. Allgemein gilt, daß nicht nur Gesetzgebung und Regierung Verfahren unterliegen, sondern daß auch die Rechtsprechung in gerichtliche Verfahrensordnungen eingebunden ist. Selbst im (weitgehend) privatautonom gestalteten Bereich der Wirtschaft bilden sich Verfahren nach Marktmechanismen heraus. Als reale Verfahren kommen dabei, selbst bei einer diskurstheoretischen Konzeption des demokratischen Verfassungsstaates, nicht nur (kantische) Diskurse, sondern auch (hobbesianische) Verhandlungen und selbst das Mittel der autoritativen Entscheidung in Betracht[127]. Diese Verfahrenshülle, die sich um die unbestimmten Inhalte aller Entscheidungsbereiche legt, wirkt im demokratischen Verfassungsstaat als Garant von Richtigkeit und Gerechtigkeit.

Die zentrale Bedeutung des Verfahrens folgt aus der Kontingenz der Inhalte, d.h. aus der Fähigkeit der Demokratie, die soziale Ordnung nach dem jeweiligen Mehrheitswillen weitgehend flexibel umzugestalten[128]. Dieser Inhaltsoffenheit entspricht es, wenn die Diskurstheorie von einem nichtteleologischen Charakter der Gesellschaft ausgeht[129]. Sie enthält damit eine implizite Absage an aristotelische Konzeptionen von Staat und Gesellschaft – einschließlich aller Spielarten des Kommunitarismus. Die nichtteleologische Konzeption demokratischer Verfassungsstaaten ist besonders im Gegensatz zu inhaltlichen Festlegungen des osteuropäischen Sozialismus deutlich hervorgetreten[130]. Wenn demokratische Verfassungsstaaten unter anderem dadurch gekennzeichnet sind, daß in ihnen – abgesehen von den unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen[131] – eine 'Wahrheit' der richtigen Sozialordnung im Sinne einer dauerhaft unverrückbaren Endgültigkeit nicht behauptet wird, dann tritt

---

126 Vgl. die Judikatur zu Grundrechten als Verfahrensgarantien: BVerfGE 49, 220 (225) - Zwangsversteigerung: »Die Gerichte haben bei der Gestaltung des Verfahrens die Bedeutung des Verfassungsrechts für das Zwangsversteigerungsverfahren nicht ausreichend berücksichtigt. ... Unmittelbar aus Art. 14 GG folgt die Pflicht der Gerichte, bei Eingriffen in dieses Grundrecht einen tatsächlich wirksamen Rechtsschutz zu gewähren.« BVerfGE 53, 30 (65) - Mülheim-Kärlich: »[Es] ist von der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auszugehen, daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist«.

127 Dazu sogleich S. 337 (einige reale Verfahren).

128 Vgl. *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 146 sowie *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1994), S. 662: »Worauf gründet die Legitimität von Regeln, die doch vom politischen Gesetzgeber jederzeit geändert werden können? ... Darauf gibt die Diskurstheorie eine einfache, auf den ersten Blick unwahrscheinliche Antwort: das demokratische Verfahren ermöglicht das freie Flottieren von Themen und Beiträgen, Informationen und Gründen, sichert der politischen Willensbildung einen diskursiven Charakter und begründet damit die fallibilistische Vermutung, daß verfahrensgerecht zustandegekommene Resultate mehr oder weniger vernünftig sind.«

129 *R. Alexy,* Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas´ Procedural Paradigm of the Law (1994), S. 230; zustimmend, jedenfalls in bezug auf den nichtteleologischen Charakter der Gesellschaft, wohl *K.-H. Ladeur,* Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewißheitsbedingungen und intersubjektive Rationalität (1996), S. 409 f. Vgl. aber dessen Kritik an der Diskurstheorie: *ders.,* Postmoderne Rechtstheorie (1992), S. 95.

130 Vgl. etwa das deutliche Fazit in der Abrechnung mit dem Sozialismus bei *A. Zsidai,* Systemwandel und Beseitigung von Ungerechtigkeiten (1995), S. 506: »*Die formelle Gerechtigkeit rechtsstaatlicher Provenienz bedeutet gerade das Ausschließen jeder materiellen Gerechtigkeitspostulate und Konzeptionen.*« (Hervorhebung bei *Zsidai*).

131 Dazu oben S. 317 ff. (unmittelbare Begründung von Gerechtigkeitsnormen).

damit eine Situation der inhaltlichen Unbestimmtheit ein, aus der heraus nur noch *Verfahren* legitime Entscheidungsgrundlagen bieten können. Auf diese Weise ist das relative Primat des Prozeduralen mit der Grundentscheidung gegen einen Wissensabsolutismus verbunden. Weil die 'richtige' soziale Ordnung nicht unmittelbar inhaltlich erkannt werden kann, bleiben nur Verfahren, um Entscheidungen über diese Ordnung zu treffen. Das hat auch Folgen für den Charakter der Institutionen in einer Rechtsordnung. Der Staat, seine Organe und Funktionsträger, sind nicht selbst Ziele im Sinne eines Ordnungsideals, sondern bloße Mittel zur Ermöglichung von Entscheidungsverfahren[132].

3. *Zu einigen realen Verfahren: Diskurs, Abstimmung, Verhandlung, Entscheidung*

Unabhängig von der prozeduralen Gerechtigkeitsbegründung gibt es in allen Sozialordnungen ein Spektrum realer Verfahren, die als Mittel prozeduraler Gerechtigkeitserzeugung anerkannt sind. Das sind keinesfalls nur Diskurse[133]. Das eigennützige Verhalten von Marktteilnehmern bestimmt die privatautonome Rechtserzeugung, wie sie durch vertragliche Bindung im Rahmen der Gesetze von Markt und Wettbewerb stattfindet. Die von egoistischer Nutzenmaximierung getragene Verhandlung, die zu solcher Rechtsetzung führt, ist kein Diskurs und wird dennoch als Verfahren zur Erzeugung gerechter Ergebnisse anerkannt[134]. Auch die Abstimmung im Parlament und bei Wahlen ist eine Mehrheitsentscheidung und kein Konsens im Sinne der Diskurstheorie. Selbst die schlichte Dezisionsgewalt, die einer Regierung im Rahmen der Gesetze bleibt, kann als gerechtigkeitserzeugende Verfahrensregel angesehen werden, obwohl die Entscheidung der Regierung mit Diskursivität – jedenfalls unmittelbar – nichts zu tun hat.

Im folgenden werden nur die Anforderungen untersucht, die an die unterschiedlichen Verfahren vom Verfahrenstyp des *realen Diskurses* gestellt werden. Das ist nur scheinbar eine gewichtige Beschränkung auf einen Teil der anerkannten Gerechtigkeitserzeugungsverfahren. Denn tatsächlich besteht bei allen Verfahren eine rechtliche Einhegung. Der privatautonom geschlossene Vertrag genießt nur solange Anerkennung, wie er sich an die zwingenden Bestimmungen des Vertragsrechts hält, etwa das Wucherverbot[135]; die Wahl von Abgeordneten richtet sich nach (verfassungsrechtlichen) Wahlrechtsgrundsätzen und den Rechtsnormen der Wahlordnung; die Abstimmung im Parlament unterliegt (verfassungs-)rechtlich fixierten Mehrheitsregeln. Wenn, wie im folgenden, die Verfahren des Rechts als reale Diskurse angese-

---

[132] Vgl. zu diesem Charakterwechsel *K.-H. Ladeur,* Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewißheitsbedingungen und intersubjektive Rationalität (1996), S. 410: »azentrischer Charakter komplexer Ordnungsbildung«. Zu Verfahren als Gerechtigkeitsgaranten für benachteiligte Minderheiten vgl. *T.W. Simon,* Democracy and Social Injustice (1995), S. 196 ff.

[133] Vgl. *B. Barry,* Political Argument (1965), S. 84 ff., der außer Diskurs, Verhandlung, Abstimmung (einschließlich Personalabstimmungen, d.h. Wahlen) und autoritativer Entscheidung noch den Schlagabtausch (*combat*), das Los (*chance*) und den Wettkampf (*contest*) nennt.

[134] *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 114; *C.-W. Canaris,* Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1993), S. 44 ff., 48 (»Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus«), 50 und 58 (»Verfahrensgerechtigkeit«).

[135] *C.-W. Canaris,* Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1993), S. 51 ff.

hen werden, dann wird dadurch zumindest mittelbar die Gesamtheit der Verfahren in einem demokratischen Verfassungsstaat erfaßt. Insoweit kann von der Diskurstheorie als Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates gesprochen werden[136].

4. *Zu den Gerechtigkeitsfunktionen realer Verfahren*

Innerhalb einer Verfassungsordnung können reale Verfahren nicht mehr die Funktion *reiner* prozeduraler Gerechtigkeit haben[137]. Ihnen ist bereits ein Gerechtigkeitsrahmen durch die unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen vorgegeben. Verfahren im demokratischen Verfassungsstaat haben häufig nur noch eine heuristische Funktion, indem sie zur Realisierung der schon verfahrensextern als gerecht begründeten Ergebnisse beitragen[138]. Das gilt für die Verfahren der vollkommenen und unvollkommenen prozeduralen Gerechtigkeit. Für beide Verfahrensarten lassen sich Beispiele im Recht nachweisen[139]. Doch solche Verfahren sollen im folgenden nur am Rande interessieren.

Sehr viel wichtiger sind Verfahren der quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit. Ihnen kommt teilweise Definitionswirkung für die Gerechtigkeit des Ergebnisses zu. Vereinfacht gesprochen definieren solche Verfahren *prima facie* gerechte Ergebnisse und leisten dadurch einen eigenen Beitrag zur Begründung der Richtigkeit des Rechts, d.h. der Gerechtigkeit im Recht. Insoweit kann von einer 'Gerechtigkeitswahlfunktion' gesprochen werden[140]. Die Begründungskomponente dieser Funktion läßt sich am Beispiel des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses verdeutlichen. Der parlamentarische Gesetzgeber hat im Rahmen der verfassungsmäßigen Grenzen die Wahl zwischen unendlich vielen Gestaltungsmöglichkeiten. Entscheidet er sich im Gesetzgebungsverfahren für eine dieser Möglichkeiten, so ist sie *prima facie* gerecht, weil er sie durch das Verfahren als gerecht definiert, es sei denn, sie verstößt ausnahmsweise gegen die materiellen Schranken, die auch dem Gesetzgeber im Rahmen der Verfassungsordnung gezogen sind.

Warum kann diese Gerechtigkeitsdefinitionswirkung eintreten? Voraussetzung für jede Form prozeduraler Gerechtigkeit sind die drei Fairneßelemente, d.h. Hintergrundfairneß (*background fairness*), Anwendungsfairneß (*procedural fairness*) und Prozedurfairneß (*fairness of the procedure*)[141]. Hintergrundfairneß besteht etwa darin, daß alle Mitglieder des Parlaments die gleiche Stimme haben. Anwendungsfairneß verlangt die korrekte Einhaltung aller wesentlichen Verfahrensregeln, also etwa die fehlerfreie Stimmenauszählung. Am anspruchsvollsten ist, wie immer, die Prozedurfairneß. Hier muß begründet werden, warum die parlamentarische Gesetzgebung ein faires (prozedural gerechtes) Verfahren ist. *Formale* Gründe können beispiels-

---

[136] Dazu oben S. 247, Fn. 608.

[137] Vgl. oben S. 127 (reine prozedurale Gerechtigkeit).

[138] Vgl. *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 20 – zum 'heuristischen Wert' der prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit; *R. Dreier,* Recht und Gerechtigkeit (1991), S. 107 ff. – zur Gerechtigkeitserzeugung in realen Verfahren.

[139] Dazu oben S. 125 (Formen dienender Verfahrensgerechtigkeit).

[140] Dazu oben S. 128 (quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit).

[141] Dazu oben S. 121 ff. (Begriff der Fairneß).

weise in der demokratischen Legitimationskette gesehen werden, weil nur solche Gesetze beschlossen werden, für die sich die Mehrheit der selbst wiederum mit Mehrheit gewählten Parlamentsmitglieder entscheidet[142]. Wichtiger erscheinen hingegen die *prozeduralen* Gründe dafür, daß parlamentarisch verabschiedete Gesetze Richtigkeit garantieren[143]. Daß wesentliche Entscheidungen in einer Demokratie unmittelbar durch Parlamentsgesetze bestimmt sein müssen (Parlamentsvorbehalt, Wesentlichkeitstheorie), liegt weniger an dem Rang, den das Parlament als Autor der Gesetzgebung dank seiner demokratischen Legitimation unter den Staatsorganen einnimmt (formale Begründung), sondern ist »vor allem in den besonderen Rationalitätsgarantien des parlamentarischen Entscheidungsprozesses« begründet – in »Diskursivität und Öffentlichkeit« (prozedurale Begründung)[144]. Sieht man das Gesetzgebungsverfahren als realen Diskurs an, so ist es *fair* (prozedural gerecht), weil es eine unter den realen Umständen angemessene Annäherung an die regulative Idee des idealen Diskurses bildet[145].

Die Einzelheiten einer solchen Begründung können an dieser Stelle noch offen bleiben[146]. Mit der Überlegung ist aber der Gang der Begründung deutlich geworden. Es geht darum zu zeigen, daß Gerechtigkeit im Recht mittelbar begründet werden kann, indem man begründet, welche prozeduralen Anforderungen an reale Diskurse zu stellen sind, damit deren Ergebnisse kraft quasi-reiner prozeduraler Gerechtigkeit als gerecht angesehen werden müssen.

II. Zur Diskursivität des Rechts

1. Die Sonderfallthese (R. Alexy)

Mit *Alexy* kann der juristische Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses angesehen werden (Sonderfallthese)[147]. Um in einem prozeduralen Stu-

---

142 Vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 363: »Wahlergebnisse sind die Lizenz für eine Übernahme der Regierungsmacht«.

143 Zur Unterscheidung *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 363 ff. Zur Kritik einer Blickverengung auf das Mehrheitsprinzip etwa *J. Dewey,* The Public and its Problems (1927), S. 365: »Majority rule, just as majority rule, is as foolish as its critics charge it with being. ... The essential need ... is the improvement of the methods and conditions of debate, discussion and persuasion.«

144 *B.-O. Bryde,* Geheimgesetzgebung (1998), S. 116, 120. Vgl. *J. Dewey,* The Public and its Problems (1927), S. 365: »The strongest point to be made in behalf of even such rudimentary political forms as democracy has already attained, popular voting, majority rule and so on, is that to some extent they involve a consultation and discussion which uncover social needs and troubles.«

145 Vgl. dazu oben S. 221 (T_{Dr}). Vgl. *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 149 ff. – Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz als angemessene Annäherung an Diskursideale.

146 Dazu vor allem unten S. 347 (Diskursivität der Politik). Zur Ideengeschichte des kommunikativen Prozesses als eines Verfahrens zur »Entbergung« des gemeinsamen Interesses aus der Vielfalt partikulärer Egoismen vgl. *H. Dreier,* Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille (1988), S. 461 ff. – »Repräsentation als Veredelungsprozeß«. Ausdrücklich bereits *J. Madison,* Federalist No. 10 (1787), S. 62: »[T]o refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose ... love of justice, will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations.«

147 *R. Alexy,* Theorie der juristischen Argumentation (1978), S. 261 ff.; dazu oben S. 255 (Begründung von Rechtsnormen) und S. 302, Fn. 209 (Kritik).

fenmodell legitimierbarer Ordnung zusätzliche diskurstheoretische Begründung zu entfalten, kann es sinnvoll sein, verschiedene reale juristische Diskurse zu unterscheiden: die Verfahren der Verfassunggebung und Verfassungsänderung, der parlamentarischen Gesetzgebung, der Rechtsprechung und das Verwaltungsverfahren. Vom juristischen Diskurs als *Sonderfall* des allgemeinen praktischen Diskurses muß in all diesen Fällen gesprochen werden, weil juristische Diskurse im Gegensatz zu allgemeinen praktischen Diskursen Beschränkungen unterliegen. Juristische Diskurse sind keine handlungsentlasteten Diskurse[148], sondern dienen der Richtigkeit in einem materialen Entscheidungsrahmen[149] und unter formalen Entscheidungsbedingungen, die von Sachzwängen geprägt und dadurch den Diskursidealen der unbegrenzten Zeit und Beteiligung abträglich sind (Zeitnot, Finanznot, Personalnot, Bedürfnis nach Rechtssicherheit u.v.m.). Trotzdem bleiben sie als reale Diskurse identifizierbar, denn sie sind *richtigkeitsorientierte Begründungsverfahren*, folgen also der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen[150].

2. *Die Verfassungsnormsetzung als realer Diskurs*

a) *Die materielle Verfassungsordnung*

Demokratische Verfassungsstaaten müssen keine geschriebene Verfassung haben, doch sie verfügen als Teil ihrer Staatlichkeit jedenfalls über eine *materielle* Verfassungsordnung im Sinne von Fundamentalnormen der Staatsorganisation (*leges fundamentales*). Bei der Begründung dieser Verfassungsordnung wird die Souveränität des Volkes als verfassunggebende Gewalt (*pouvoir constituant*) wirksam, die sich von allen anderen, erst mit dem Gründungsakt geschaffenen Staatsgewalten (*pouvoirs constitués*) unterscheidet[151]. Verfassungsnormen entstehen durch Verfassunggebung oder Verfassungsänderung. Das Verfahren der Verfassunggebung oder -neugebung (Totalrevision) besteht regelmäßig in der Verabschiedung durch eine unmittelbar vom Volk gewählte Nationalversammlung oder in einem Referendum über den Verfassungsentwurf eines Verfassungskonvents. Die Verfassungsänderung, die nicht Totalrevision ist, erfolgt regelmäßig durch einen verfassungsändernden Gesetzgeber (*pouvoir constituant constitué*) in einem besonderen Verfahren, das die erschwerte Abänderbarkeit der Verfassungsnormen begründet[152]. In jedem Fall – bei Begründung

---

148 Dazu oben S. 220 (handlungsentlasteter Diskurs).

149 Ein Entscheidungsrahmen folgt selbst für Verfassungsdiskurse aus dem Gerechtigkeitsrahmen, der durch unmittelbar begründete Gerechtigkeitsnormen vorgegeben ist; siehe oben S. 317 ff. (unmittelbare Begründung von Gerechtigkeitsnormen).

150 Vgl. *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 149 ff. sowie oben S. 218 (D_{Dr}), 221 (T_{Dr}).

151 Vgl. zu diesen staatstheoretischen Schlüsselbegriffen *E.J. Sieyes,* Was ist der Dritte Stand? (1789), Kapitel V (Unveräußerlichkeit des Verfassunggebungsrechts der Nation); dazu *E. Zweig,* Die Lehre vom Pouvoir Constituant (1909), S. 116 ff. (137); aus jüngerer Zeit *E.-W. Böckenförde,* Die verfassunggebende Gewalt des Volkes (1986), S. 11 ff.; *H. Dreier,* Präambel (1996), Rn. 49 m.w.N. Die Bedeutung dieses Unterschiedes für die Legitimation des positiven Rechts betonend *H. Hofmann,* Legitimität und Rechtsgeltung (1977), S. 60 ff.

152 Zum Charakteristikum der erschwerten Abänderbarkeit, das vielfach, aber nicht ausnahmslos in einem qualifizierten Mehrheitserfordernis besteht, vgl. *H. Dreier,* Artikel 79 II GG (1998), Rn. 7 f. (rechtsvergleichende Bezüge), Rn. 11 (erschwerte Abänderbarkeit) m.w.N.

wie bei Änderung der (materiellen) Verfassungsordnung – handelt es sich um ein Normsetzungsverfahren, bei dem Normen mit grundlegenderer Bedeutung, meist sogar mit einem formal höheren Rang (Vorrang der Verfassung) als bei einfacher Gesetzgebung, verabschiedet werden.

b) Die Verfassunggebung als realer Diskurs

Versteht man die Verfassunggebung als realen Diskurs, so ist sie der Richtigkeit verpflichtet[153]. Das legt sie bereits durch diejenigen Gerechtigkeitsnormen fest, die diskurstheoretisch oder diskursiv notwendig sind (Grundrechte auf Gleichheit, optimierte Freiheiten und Demokratie)[154]. Die Tätigkeit einer verfassunggebenden Nationalversammlung oder eines Verfassungskonvents macht es wahrscheinlicher (wenn auch nicht sicher), daß Verfassungsnormen kodifiziert werden, die diesen notwendigen Gerechtigkeitsnormen genügen (System größtmöglicher Freiheiten, Gleichheitssatz, demokratische Institutionen und Verfahren). Soweit diese Gerechtigkeitsnormen dank der Verfahrensweise als Recht institutionalisiert werden können, ist die Verfassunggebung ein Verfahren unvollkommener prozeduraler Gerechtigkeit[155].

Vor allem aber benötigt das Verfahren der Verfassunggebung die Definitionswirkung der quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit. Nur sie kann begründen, daß die Wahl zwischen unendlich vielen möglichen Verfassungsgestaltungen zu einem gerechten Ergebnis geführt hat. Dazu muß der Prozeß der Verfassunggebung selbst als faires Verfahren begründet sein (Prozedurfairneß). Sieht man die Verfassunggebung als *realen* Diskurs, so müssen alle Anforderungen erfüllt sein, die eine den Umständen nach angemessene Annäherung an die regulative Idee eines Diskurses unter *idealen* Bedingungen ermöglichen[156]. Das kann beispielhaft am Prozeß der Verfassunggebung in Südafrika gezeigt werden. Dort wurde zunächst eine Interimsverfassung angenommen, was den Zeitdruck für die Verabschiedung einer endgültigen Verfassung minderte und die Informiertheit der Beteiligten förderte (Diskursideale der vollkommenen Informiertheit und unbegrenzten Zeit[157]). Außerdem wurden Mehrheitsentscheidungen zurückgestellt, um für die Berücksichtigung regionaler und sozialer (hier: rassisch und ethnisch getrennter) Minderheiten breiteren Raum zu lassen (Diskursideal der vollkommenen Zwanglosigkeit). Zur wissenschaftlichen Be-

---

153 Vgl. oben S. 250 (T_R).

154 Dazu oben S. 328 ff. (diskursiv notwendige Freiheiten).

155 Dazu oben S. 126 (unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit). Noch weitergehend (reine prozedurale Gerechtigkeit) *W. Henke,* Die verfassunggebende Gewalt (1957), S. 36: »Darum gibt es nur eine legitime Art der Verfassunggebung, nämlich die der Verfassungsgesetzgebung durch eine frei und allgemein gewählte Nationalversammlung. Damit wird *das Verfahren* zum einzigen Kriterium der Legitimität des Verfassungsgesetzes.« (Hervorhebung bei *Henke*). Vgl. zur Wahrscheinlichkeit, wenn auch nicht Sicherheit, mit der Volkssouveränität zu gerechten Ergebnissen führt, aus der U.S.-amerikanischen Verfassungsgeschichte: *J. Madison,* Federalist No. 51 (1788), S. 352 f.: »In the extended republic of the United States, and among the great variety of interests, parties and sects which it embraces, a coalition of the majority of the whole society could seldom take place on any other principles than those of justice and the general good«.

156 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}).

157 Vgl. dazu *R. Alexy,* Probleme der Diskurstheorie (1989), S. 113 sowie oben S. 218 (D_{Di}).

gleitung fand eine umfangreiche empirische Verfassungsvergleichung statt (Diskursideal der vollkommenen Informiertheit). Zusätzlich wurde die Verfassunggebung erstmalig durch einen öffentlichen Mitwirkungsprozeß begleitet (Diskursideale der unbegrenzten Teilnehmerschaft und vollkommenen Zwanglosigkeit). Es wurde also alles getan, was nach den Umständen angemessen war, um eine weitgehende Annäherungen an einen Diskurs unter idealen Bedingungen zu erreichen. Im Ergebnis sind die Normen der resultierenden Verfassung – notwendige, wie die Abschaffung des Apartheidsregimes, ebenso wie optionale, etwa die eigentumsrechtlichen Bestimmungen, die Konkretisierung der Freiheitsrechte und die demokratischen Institutionen – *gerecht*, weil sie sich *erstens* dank der Verfahrensweise im Gerechtigkeitsrahmen der vorpositiven Menschenrechts- und Demokratiegebote halten (unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit) und sie *zweitens* innerhalb dieses Rahmens durch ein nach den Umständen als fair begründetes Verfahren (den realen Verfassungsdiskurs) unter den möglichen Gestaltungsformen ausgewählt wurden (quasireine prozedurale Gerechtigkeit).

Der praktische Wert der Diskurstheorie als Theorie der Verfassunggebung zeigt sich dort, wo sie als Grundlage für Kritik herangezogen werden kann. Bezogen auf China wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine weitgehende Einschränkung von Privateigentum im Rahmen der *unmittelbaren* Begründung von Gerechtigkeitsnormen noch keinen Grund bietet, die Sozialordnung insoweit als ungerecht zu qualifizieren. Bei der *mittelbaren* Begründung von Gerechtigkeitsnormen ergeben sich nunmehr weitergehende Ansätze für Kritik. Die Eigentumsregelungen einer Verfassungsordnung sind genau dann gerecht, wenn es möglich ist, daß sie Ergebnis eines realen Verfassungsdiskurses sein könnten. Wenn dagegen gezeigt werden kann, daß der konkrete Verfassunggebungsprozeß nicht in einem realen Diskurs bestand, weil er sich nicht so weit, wie nach den Umständen angemessen, an der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen orientiert hat[158], und wenn außerdem Indizien dafür vorliegen, daß die sozialistische Eigentumsordnung unter den Bedingungen eines realen Diskurses keine Bestätigung hätte finden können, dann sind dies gültige Gründe gegen die Gerechtigkeit der real existierenden Verfassungsordnung Chinas[159].

c) *Die Verfassungsänderung als realer Diskurs*

Versteht man die Verfassungsänderung als realen Diskurs, so bleibt auch sie inhaltlich auf alle Gerechtigkeitsnormen festgelegt, die unmittelbar als diskurstheoretisch und diskursiv notwendig begründet werden können (Grundrechte auf Gleichheit, optimierte Freiheiten und Demokratie)[160]. Prozedural betrachtet ist die Tätigkeit des verfassungsändernden Gesetzgebers (gleich der des Verfassunggebers) ein Verfahren, in dem unvollkommene und quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit verwirklicht werden. Auch beim Verfassungsänderungsverfahren müssen alle Anforderungen

---

158 Dazu oben S. 218 (D_{Dr}).

159 Vgl. die frühe Legitimitätskritik im vorrevolutionären Frankreich: *E.J. Sieyes,* Was ist der Dritte Stand? (1789), Kapitel II (Illegitimität mangels Beteiligung des 'Dritten Standes') und V (Verfassunggebungsrecht der 'Nation'; Nationalversammlung als Repräsentationsorgan).

160 Dazu oben S. 328 ff. (diskursiv notwendige Freiheiten).

erfüllt sein, die eine den Umständen nach angemessene Annäherung an die regulative Idee eines Diskurses unter *idealen* Bedingungen ermöglichen[161]. Die Anforderungen selbst entsprechen, je nach Ausgestaltung des Verfahrens (Referendum, Gesetzgebung), denen der Verfassunggebung oder denen der parlamentarischen Gesetzgebung[162], regelmäßig verstärkt um qualifizierte Mehrheitserfordernisse oder andere Erschwernisse, die eine *den Umständen nach* – d.h. unter Berücksichtigung der grundlegenden Bedeutung bzw. des formal höheren Ranges der Verfassungsnorm – angemessene Annäherung an das Diskursideal der Entscheidung durch Konsens bewirken.

d) Zur Gerechtigkeit von Ewigkeitsklauseln

Durch die diskurstheoretische Analyse können auch bei demokratischen Verfassungsstaaten, die im wesentlichen als gerecht anzusehen sind, Kritikpotentiale aufgedeckt werden. Dazu sei das Kriterium der optimalen diskursiven Kontrolle betrachtet. Für die unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen (*notwendige Gerechtigkeitsnormen*) läuft es leer, weil insoweit das notwendige Ergebnis jedes Diskurses bereits feststeht. Im übrigen beurteilen sich die Anforderungen an die 'Optimalität' einer diskursiven Kontrolle danach, was nach den Umständen als angemessene Annäherung an die Bedingungen eines idealen Diskurses anzusehen ist[163]. Inhaltliche Aussagen hierzu lassen sich nicht allgemein treffen. Aber jedenfalls folgt aus dem Kriterium der optimalen diskursiven Kontrolle, daß bestimmte Verfassungsnormen überhaupt revisibel bleiben müssen. Es gilt der Satz: Verfassungsnormen, die nicht zu den unmittelbar begründbaren Gerechtigkeitsnormen gehören (*optionale Gerechtigkeitsnormen*), müssen innerhalb der Rechtsordnung einer diskursiven Kontrolle unterliegen[164]. Eine diskursive Kontrolle besteht, wenn Verfassungsnormen weiterhin der Verfügungsbefugnis der Betroffenen unterstehen, also einzeln geändert (Einzelrevision) oder im Rahmen einer Überprüfung der gesamten Verfassung verworfen werden können (Totalrevision). Damit lassen sich verfassungsrechtliche Gestaltungsformen kritisieren, in denen sowohl die Einzel- als auch die Totalrevision von optionalen Gerechtigkeitsnormen durch faktische oder normative Ewigkeitsklauseln für alle Zukunft verhindert wird (*entrenchment*).

In der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika ist beispielsweise das Recht zum Waffentragen (*right to bear arms*[165]) durch die Änderungsmodalitäten der Verfassung (*amendments*) derart versteinert, daß die Bestimmung einer faktischen

---

161 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}).

162 Dazu unten S. 345 (parlamentarische Gesetzgebung als realer Diskurs).

163 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}).

164 Dazu oben S. 220 (realer Diskurs als diskursive Kontrolle). Nur eine diskursive Kontrolle 'innerhalb der Rechtsordnung' ist den Umständen nach angemessen. Daß Verfassungsnormen jederzeit durch revolutionäre Akte, also 'außerhalb der Rechtsordnung', beseitigt werden können, ist trivial, hat aber mit der Gerechtigkeit der rechtlichen Ordnung selbst, um die es hier allein geht (dazu oben S. 78 – Schwerpunktthese), nichts zu tun.

165 Amendment II (1791) der U.S.-Verf.: »... the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.«

Ewigkeitsgarantie unterliegt[166]. Dabei gibt es zwei Auslegungsmöglichkeiten für die Norm. Sieht man sie als Prinzip an, dann wäre sie mit anderen Grundrechten in jedem Einzelfall abzuwägen; die diskursive Kontrolle wäre dadurch gewahrt. Gilt sie indes als Regel mit wenigen feststehenden Ausnahmen, so läge darin eine Konkretisierung des relativen Gewichts von Freiheitsrechten, die einer diskursiven Kontrolle faktisch entzogen wäre. Eine Interpretation des Verfassungsrechts als abwägungsbedürftiges Prinzip ist deshalb gerechtigkeitstheoretisch geboten.

Auch anhand der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland läßt sich Ähnliches zeigen. Von der grundgesetzlichen Ewigkeitsgarantie (Art. 79 III i.V.m. Art. 1 und 20 GG) sind nicht nur die Verfassungskonkretisierungen *notwendiger Gerechtigkeitsnormen* (Grundrechte auf Gleichheit, optimierte Freiheit und Demokratie), sondern auch solche Verfassungsprinzipien erfaßt, die zu den *optionalen Gerechtigkeitsnormen* zählen (Bundesstaatlichkeit, Staatsform der Republik) und folglich einer diskursiven Kontrolle unterliegen müssen[167]. Diese Kontrolle besteht nur, wenn man annimmt, daß sich (jedenfalls über eine zulässige Verfassungsänderung) die verfassunggebende Gewalt aktivieren ließe, um auf diesem Wege die nicht diskurstheoretisch oder diskursiv notwendigen Normen zu ändern. Ginge das nicht, enthielte die normative Ordnung des Grundgesetzes insoweit eine ungerechte Beschränkung der Volkssouveränität. Eine Auslegung, die zumindest eine Totalrevision zuläßt (Art. 146 GG) und dadurch die öffentliche Diskussion über Revisionen des Föderalismus und Republikanismus nicht von vornherein als Aufruf zur Revolution diskreditiert, ist deshalb gerechtigkeitstheoretisch geboten[168].

e) *Ergebnisse*

Die Beispiele zeigen, daß sich Kriterien für 'richtiges Recht' aus Sicht einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit allein daraus ableiten lassen, daß Verfassunggebung und Verfassungsänderung als reale Diskurse verstanden werden.

---

[166] Zur faktischen Sperrwirkung am Beispiel der erschwerten Änderungsmodalitäten in Art. V, letzter Halbsatz U.S.-Verf. (»[N]o State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.«) vgl. *B. Ackerman,* We The People (1991), S. 15 mit Fn. 21: »This effort to entrench Federalism caused all sorts of trouble in the aftermath of the Civil War.« Zu einer nicht bloß faktischen, sondern normativen Unabänderlichkeitsklausel vgl. ebd., S. 15 – Die Bestimmung des Artikels V, I Sec. 9 (1) der U.S.-Verfassung vom 17.9.1787 (»Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article«; »The Migration or Importation of Such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person.«) habe die explizite Unabänderlichkeit der Sklaverei vor dem Jahr 1808 geregelt. Allerdings wäre eine solche Festlegung nach *Ackermans* Konzept der 'dualen Demokratie' als gerecht einzustufen; vgl. oben S. 258 (dualistische Demokratie bei *Ackerman*).

[167] Kritisch zur Einbeziehung *H. Dreier,* Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat (1994), S. 747 ff. – Problematik der Unantastbarkeitsgarantie.

[168] Vgl. *B. Stückrath,* Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität (1997), S. 185 ff. – Legalität einer künftigen Verfassungsneuschöpfung; ebd., S. 253 – die legale Aufhebung des deutschen Föderalismus sei im Rahmen des Art. 146 möglich.

3. *Die parlamentarische Gesetzgebung als realer Diskurs*

So, wie das Verfahren der Verfassunggebung innerhalb eines Gerechtigkeitsrahmens aus unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen angewendet wird, so verhält sich die parlamentarische Gesetzgebung innerhalb des konkreteren Gerechtigkeitsrahmens der Verfassung[169]. Einerseits steigt durch ein öffentliches parlamentarisches Verfahren die Wahrscheinlichkeit, daß nur solche Gesetze verabschiedet werden, die mit der Verfassung vereinbar sind (*unvollkommen prozedurale Gerechtigkeit*). Andererseits expliziert die parlamentarische Gesetzgebung *quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit*[170], indem sie unter unendlich vielen verfassungsgemäßen Konkretisierungsmöglichkeiten eine definitive Wahl trifft[171].

Im Parlamentarismus gelten »Mindestvorgaben für einen rationalen Gesetzgebungsprozeß«[172], die eine Richtigkeit des Ergebnisses innerhalb der verfassungskräftig gesetzten Grenzen sicherstellen sollen. Solche Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln des Gesetzgebungsverfahrens sind, ohne daß das hier im einzelnen gezeigt werden müßte, den Umständen nach angemessene Annäherungen an die regulative Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen[173]. Die resultierenden Gesetze sind *prima facie* genau dann gerecht, wenn sie unter solchen Bedingungen zustandegekommen sind[174]. Die Ungerechtigkeit eines Gesetzes kann man nicht damit begründen, daß eine andere Regelung 'sinnvoller' gewesen wäre, sondern nur noch damit, daß entweder der materielle Rahmen des gerechten Legislativbereichs verlassen (z.B. durch Verletzung von Freiheitsrechten) oder eine wesentliche Verfahrensregel des parlamentarischen Prozesses nicht eingehalten wurde. Gerade mit Blick auf diese zweite Widerlegungsmöglichkeit ist es aus Sicht prozeduraler Gerechtigkeitstheorien problematisch, wenn eine Verfassungsjudikatur bei Verfahrensfehlern nur eingeschränkt die Konsequenz zieht, daß die resultierenden Gesetze nichtig sind[175]. Das gilt jedenfalls für solche Verfahrensfehler, die die Diskursivität und Öffent-

---

169 Vgl. *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 31, S. 195 ff. – Stufen zunehmender Konkretisierung.

170 *J. Rawls,* Theory of Justice (1971), § 31, S. 195 ff. (201); dazu oben S. 128 (quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit).

171 Vgl. *M. Böhm,* Der Normmensch (1996), S. 180 ff. (181) – zwei unterschiedliche Verfahrensfunktionen: Verfahren »im Dienste« (z.B. prozeduraler Grundrechtsschutz) und »anstelle« einer Konkretisierung des materiellen Rechts (z.B. prozedurale Grenzwertfindung).

172 *B.-O. Bryde,* Geheimgesetzgebung (1998), S. 116.

173 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}); *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 161: »Parlamente sind der Idee nach in den gegenwärtigen Demokratien Diskursforen par excellence.« Skeptischer *H. Schulze-Fielitz,* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung (1988), S. 252 – partieller Diskurscharakter des Gesetzgebungsverfahrens, S. 399 – an diskursive Diskussion sei unter Zeitdruck nicht mehr zu denken.

174 Vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1994), S. 662: »[D]as demokratische Verfahren ... begründet ... die fallibilistische Vermutung, daß verfahrensgerecht zustandegekommene Resultate ... vernünftig sind.«

175 So in der deutschen Verfassungsrechtsjudikatur das Bundesverfassungsgericht, das die Nichtigkeitsfolge bei Verfahrensfehlern beschränkt: BVerfGE 34, 9 (25) – Besoldungsvereinheitlichung; 91, 148 (175) – Umlaufverfahren: »Während bei inhaltlichen Fehlern die Nichtigkeit die regelmäßige Folge des Verfassungsverstoßes bildet, führt ein Verfahrensfehler nur dann zur Nichtigkei[t] der Norm, wenn er evident ist. Das gebietet die Rücksicht auf die Rechtssicherheit.« Kritisch dazu *B.-O. Bryde,* Geheimgesetzgebung (1998), S. 119 f.; aus politikwissenschaftlicher Sicht auch *H.-J. Mengel,* Gesetzgebung und Verfahren (1997), S. 345 ff., 381 ff.

lichkeit des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens beeinträchtigen, indem sie Verfahrensstationen oder Mitwirkungsrechte entfallen lassen[176].

Die eigentlichen Richtigkeitsgarantien des Gesetzgebungsverfahrens liegen allerdings nicht innerhalb der Institution 'Parlament', sondern in der diskursiven Kontrolle durch eine kritische Öffentlichkeit[177]. Darauf wird im Rahmen der deliberativen Politik zurückzukommen sein[178].

4. *Die Verwaltungs- und Gerichtsverfahren als reale Diskurse*

Die Regeln des Verwaltungsverfahrens erhöhen bei Entscheidungen der gebundenen Verwaltung die Wahrscheinlichkeit der korrekten Rechtsanwendung (*unvollkommen prozedurale Gerechtigkeit*[179]) und legen im Bereich der Ermessensverwaltung die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln fest, unter denen eine Entscheidung *prima facie* gerecht ist (*quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit*). Bei den Gerichtsverfahren steht der erste Aspekt (korrekte Rechtsanwendung, *unvollkommen prozedurale Gerechtigkeit*) im Vordergrund. Jedenfalls im Rahmen einer anerkannten richterrechtlichen Rechtsfortbildung tritt aber ein gewisser Spielraum des Richters hinzu[180]. Die Gerechtigkeit in diesem Bereich wird wiederum durch Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln sichergestellt, die vor allem die Unparteilichkeit des Richters garantieren sollen (*quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit*). Der Richter wird durch das Konzept der Unparteilichkeit zu einem Garanten der Richtigkeit (Diskursideal der Fähigkeit und Bereitschaft zum Rollentausch[181]). Seine Verfahrensposition führt unter anderem dazu, daß er als Repräsentant für das ganze System von Rechten im Rechtsstreit auftritt, so wie es idealiter von den als Urheber des Rechts geltenden Bügern im Einzelfall interpretiert würde[182]. Regeln über die Tatsachenermittlung nä-

---

[176] *B.-O. Bryde,* Geheimgesetzgebung (1998), S. 120.

[177] Vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 369: »Die deliberative Politik gewinnt ihre legitimierende Kraft aus der diskursiven Struktur einer Meinungs- und Willensbildung, die ihre sozialintegrative Funktion nur dank der Erwartung einer vernünftigen *Qualität* ihrer Ergebnisse erfüllen kann. Deshalb bildet das diskursive Niveau der öffentlichen Debatten die wichtigste Variable.« (Hervorhebung bei *Habermas*).

[178] Dazu unten S. 353 ff. (deliberative Politik).

[179] Vgl. *F. Hufen,* Fehler im Verwaltungsverfahren (1998), Rn. 586 ff. – Relativierung der Fehlerfolgen wegen der dienenden Funktion des Verfahrens. Zur dienenden Rolle des Verfahrens auch *J. Pietzcker,* Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag (1983), S. 222; *R. Pitschas,* Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren (1990), S. 160 ff. – relative Richtigkeitsgewähr.

[180] Die rechtsdogmatischen Details sind häufig umstritten. Vgl. etwa die lange Geschichte der Auseinandersetzung über die Theorie der Punktstrafe, nach der jeder einzelnen Tatschuld eine bestimmte (gerechte) Strafgröße entspricht: *R. v. Laun,* Das freie Ermessen und seine Grenzen (1910), S. 57 ff., 259; *E. Schmidt,* Probleme staatlichen Strafens in der Gegenwart (1946), S. 209; *E. Dreher,* Über die gerechte Strafe (1947), S. 56 ff. (62 ff.); *W. Frisch,* Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung (1971), S. 67 ff. (84 ff.); *H.-J. Bruns,* Über Strafrahmen (1978), S. 162 ff.; *ders.,* Der »Bestimmtheitsgrad« der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht (1979), S. 291 f.; *ders.,* Das Recht der Strafzumessung (1985), S. 63 ff., 105 ff.

[181] Vgl. *R. Alexy,* Probleme der Diskurstheorie (1989), S. 113; dazu oben S. 218 (D_{Di}).

[182] *K.-H. Ladeur,* Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewißheitsbedingungen und intersubjektive Rationalität (1996), S. 407.

hern das Verfahren so weit, wie nach den Umständen angemessen, dem Diskursideal der vollkommenen empirischen Informiertheit an[183]. Auch die Auslegung hat den Charakter eines Diskurses[184]. An der Richtigkeitsorientierung des Gerichtsverfahrens ändert auch die strategische Interaktion der Parteien nichts, da sich deren Aktivität gegenseitig kompensiert und letztlich im Interesse einer richtigen Entscheidung vom Verfahren instrumentalisiert wird.

Gerade für das Strafverfahren gibt es eine Reihe richtigkeitsverbürgender Verfahrensregeln, die häufig sogar in den Rang von Verfassungsnormen gehoben werden. Sie alle haben entweder unmittelbar das Ziel, im Strafverfahren sicherzustellen, daß nur schuldige Straftäter verurteilt werden (Unschuldsvermutung, Verbot der Doppelbestrafung, Anspruch auf Verteidigung), oder sie wirken im Verfahren auf die Richtigkeit des Ergebnisses hin, indem sie der Rechtssicherheit dienen (Analogieverbot, *nulla poena sine lege*-Grundsatz). Generell gilt, daß die Rechtssicherheit als ein Kriterium für die Richtigkeit angesehen werden muß und zu dem hier verfolgten weiten Gerechtigkeitsbegriff keinen Gegensatz bildet[185]. Schließlich gibt es noch Regeln, die die Richtigkeit des Verfahrens selbst betreffen (Beweisverwertungsverbote, Zeugnisverweigerungsrechte).

5. *Ergebnisse*

Juristische Verfahren lassen sich sinnvoll als reale Diskurse begreifen. Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln können dann so formuliert werden, daß sie der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen folgen. Eine Diskurstheorie der Gerechtigkeit ermöglicht dadurch eine weitergehende, konkretisierende Gerechtigkeitsbegründung jenseits der unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen ('Gerechtigkeitsrahmen'). Sie wird so zu einer Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates.

III. *Zur Diskursivität der Politik*

1. *Zum Begriff der Politik*

Der Begriff der Politik ist umstritten[186] und findet sich, statt selbst definiert zu werden, meist nur als Gegenbegriff zu anderen, etwa 'Wirtschaft', 'Moral' oder 'Recht'[187]. Unter den bisherigen Ansätzen zu einer Begriffsbestimmung definiert *Schumpeter* als 'Politik' »die Methode, die ein Volk verwendet, um zu Entscheidungen zu gelan-

---

183 Vgl. oben S. 218 (T_{Dr}).

184 So ausdrücklich BVerfGE 82, 30 (38 f.): »Die Auslegung insbesondere des Verfassungsrechts hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen.«

185 Vgl. demgegenüber oben S. 63 (engere Gerechtigkeitsbegriffe, insbesondere bei *Radbruch*).

186 Vgl. *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (1966), S. 13 mit Nachweisen zur älteren Literatur.

187 *C. Schmitt*, Der Begriff des Politischen (1932), S. 7, 53 ff.

gen.«[188] *Weinberger* hat jüngst allgemeiner formuliert: »Politik ist sozial relevantes Handeln.«[189] Hier kann und muß der Begriffsstreit über diese und andere, kompliziertere Definitionen[190] nicht geführt werden. Statt dessen sollen lediglich die unumstrittenen Gehalte der Politik auf ihren strategischen und nichtstrategischen Charakter hin untersucht werden, um anschließend die These zu begründen, daß die Konzeption deliberativer Politik, wie *Habermas* sie entwickelt hat, an Plausibilität gewinnen kann, wenn man sie als eine Theorie der realen Diskurse in der Politik formuliert und insofern die Sonderfallthese vom Recht auf die nichtstrategische Politik ausdehnt.

a) Der strategische Charakter der Politik

Politik ist in erster Linie strategisch[191]. Als 'strategisch' bezeichnet man jedes Handeln, mit dem ein Handelnder ein Ziel verfolgt und dabei die Entscheidungen mindestens eines weiteren zielgerichtet Handelnden in das Erfolgskalkül einbezieht[192]. In der Politik wollen die Beteiligten individuelle oder kollektive Ziele verwirklichen. Sie vereinigen sich dazu auf der Grundlage von Wahlplattformen oder Programmen, gehen Allianzen ein, bilden Koalitionen, bekämpfen politische Gegner; dies alles sind strategische Handlungsweisen.

Das strategische Politikverständnis spiegelt sich auch im Parteibegriff wider. Während im klassischen Verständnis die Partei noch eine Menschengruppe war, deren Mitglieder aufgrund eines gemeinsam als richtig erkannten Prinzips das *Gemeinwohl* födern wollen, also nicht allein eigennützige Gruppenziele verfolgen, legt die neuere Politikwissenschaft das strategische Interesse hinter dem Parteihandeln offen: »Eine Partei ist eine Gruppe, deren Mitglieder willens sind, im Konkurrenzkampf um die politische Macht in Übereinstimmung miteinander zu handeln.«[193] Noch früher als beim Parteibegriff findet sich dieses strategische Verständnis von Politik im

---

188 *J.A. Schumpeter,* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1942), S. 386.

189 *O. Weinberger,* Zur Theorie der politischen Argumentation (1995), S. 164.

190 Mehrdimensional (national/international, instrumentell/als Selbstzweck) etwa die Begriffsbestimmung bei *M. Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. II, S. 822: »'Politik' würde für uns also heißen: Streben nach Machtanteil oder nach Beeinflussung der Machtverteilung, sei es zwischen Staaten, sei es innerhalb eines Staates zwischen den Menschengruppen, die er umschließt. ... Wer Politik treibt, erstrebt Macht: Macht entweder als Mittel im Dienst anderer Ziele – idealer oder egoistischer –, oder Macht 'um ihrer selbst willen': um das Prestigegefühl, das sie gibt, zu genießen.«

191 Um diese Feststellung zu treffen, muß man keineswegs so weit gehen wie *Carl Schmitt,* der von einer »allem politischen Verhalten immanenten Freund-Feindunterscheidung« spricht und dann postuliert: »zum Begriff des Feindes gehört die im Bereich des Realen liegende Eventualität eines Kampfes«, um anschließend den Krieg als normales Mittel der Politik und Charakteristikum des Staates anzusehen: *C. Schmitt,* Der Begriff des Politischen (1932), S. 19 ff., 33 f. Beispielhaft für ein *rein* strategisches Politikverständnis ist dessen These (S. 25): »Das Politische liegt ... in der klaren Erkenntnis der eigenen ... Situation und in der Aufgabe, Freund und Feind richtig zu unterscheiden.« Zur Kritik ausführlich *H. Schulze-Fielitz,* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung (1988), S. 376 m.w.N.

192 *J. Habermas,* Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1 (1981), S. 127; dazu oben S. 232 (*arguing vs. bargaining*).

193 *J.A. Schumpeter,* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1942), S. 449 f.

Parallelbegriff der Fraktion verkörpert[194]. Die 'menschliche Natur in der Politik' begründet die latente Gefahr, daß die öffentliche Meinung nicht durch rationale Kritik, sondern durch Gruppen bestimmt wird, die Privatinteressen verfolgen[195]. Überhaupt kann das Ergebnis des politischen Prozesses, die öffentliche Meinung, durchaus zu Stimmungsbildern führen, die irrationales Handeln tragen, etwa die Ächtung religiöser Dissidenten oder die Hexenverfolgung[196].

b) *Der nichtstrategische Charakter der Politik*

»Der gesamte politische Tageskampf stellt sich als eine endlose Diskussion über die Gerechtigkeit dar.«[197] Man muß nicht so weit gehen wie *Radbruch* und kann doch einen nichtstrategischen Charakter der Politik überall dort aufzeigen, wo *argumentiert* wird[198]. Als Situationen politischer Argumentation können mit *Weinberger* mindestens die Erstellung politischer Programme, die Überzeugung von Wählern und die Begegnung mit Andersdenkenden angeführt werden[199]. Hier seien nur die ersten beiden Beispiele verfolgt, weil das dritte bezüglich der Unterscheidung von strategischen und nichtstrategischen Gehalten zumindest ambivalent ist. Bei Programmerstellung und Wählerüberzeugung gilt indes, daß sie durch politische *Argumentation* bei relativer Unbestimmtheit der Ziele gekennzeichnet und nicht wie politische *Propaganda* ergebnisorientiert auf die Bewirkung bestimmter Überzeugungen gerichtet ist[200]. Zwar ist auch die Überzeugung wichtig, gewissermaßen als Instrument der Meinungs- und Willensbildung. Doch ein Politikverständnis, das sich allein auf den strategischen Gehalt der Politik beschränkt[201], ist unvollständig. Das zeigt sich beispielsweise, wenn eine Partei öffentlich als 'Partei der Besserverdienenden' auftritt. Sie gibt damit den Anspruch auf, Ziele zu vertreten, die richtig für alle sind. Was ist daran falsch? Warum muß mit dem Auftreten einer Partei immer der Anspruch verbunden sein, universelle Richtigkeit zu verfolgen? Wäre die Partei keine Partei, sondern eine Lobbygruppe, etwa der Berufsverband der Apotheker, dann würde niemand Kritik daran üben, wenn sich die Ziele der Vereinigung auf die Durchsetzung

---

194 Vgl. *J. Madison,* Federalist No. 10 (1787), S. 57: »By a faction I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community.«

195 So die nichtidealistische Politikanalyse bei *J.A. Schumpeter,* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1942), S. 417 f.

196 Beispiele bei *J.A. Schumpeter,* Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1942), S. 381 ff.

197 *G. Radbruch,* Rechtsphilosophie (1973), S. 165.

198 Vgl. *O. Weinberger,* Zur Theorie der politischen Argumentation (1995), S. 165 f. – Die dort angeführten Beispiele (*Perelmans* universelles Auditorium, *Habermas'* Diskurstheorie, *Gadamers* Hermeneutik) betreffen allesamt ein argumentierendes Verstehen.

199 *O. Weinberger,* Zur Theorie der politischen Argumentation (1995), S. 173.

200 *O. Weinberger,* Zur Theorie der politischen Argumentation (1995), S. 175; allerdings im Ergebnis anders als hier: ebd., S. 181 – die politische Argumentationstheorie liege »an der Grenze« zwischen Begründungstheorie und der Pragmatik interpersonalen Überzeugens. Vgl. auch *J.S. Fishkin,* The Voice of the People (1995), S. 154 f. – Übergang von der Partei- zur Massenzeitung.

201 So offenbar *H. Schulze-Fielitz,* Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung (1988), S. 246 ff., 300 – Entgegensetzung von Politik und Diskurs; andererseits aber *ders.,* ebd., S. 378: Gesetze als »rationale Domestizierung« von Politik.

von Apothekerinteressen beschränkten. Doch eine Partei ist keine schlichte Interessenvertretung, sondern beansprucht die Mitwirkung an der Rechtsetzung. Recht aber verlangt nach universeller Richtigkeit. Deshalb kann der juristische Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses angesehen werden[202]. Man kann folglich sagen, daß der Anspruch des Rechts, richtig und damit gerecht zu sein[203], Vorwirkungen auch in bestimmten Bereichen der Politik haben muß. Deshalb darf sich Politik nicht in strategischem Handeln erschöpfen, etwa dadurch, daß sie auf eine bloß emotive Wirkung reklamehafter Wiederholungen setzt, Begründungen auf Täuschung aufbaut und öffentlich Gründe anführt, die sich von den wirklichen Gründen wesentlich unterscheiden[204]. Erst die nichtstrategische Begründung, in der kritische Reflexionen zur Geltung kommen, vervollständigt das politische Handeln zur politischen Argumentation[205]. Dieser Befund wird gestützt durch die These, daß *rationalistische,* nur an Klugheitserwägungen orientierte Staatsbürger »unter einer empiristischen Selbstbeschreibung ihrer Praktiken keine hinreichenden Gründe für die Einhaltung demokratischer Spielregeln« haben könnten[206].

2. *Eine erweiterte Sonderfallthese (S_{RP})*

Diejenige Politik, die auf Rechtsetzung bezogen ist, kann 'Rechtspolitik' genannt werden[207]. Rechtspolitik in diesem weiten Sinne ist ein Platzhalter für nichtstrategische Politik. Dadurch soll deutlich gemacht werden, daß politisches Handeln jedenfalls dann als richtig begründet werden muß, wenn das Ziel dieses Handelns in der Setzung von Recht besteht. Der Richtigkeit des Handelns kann man sich allein im Diskurs vergewissern[208]. Demgemäß kann eine Erweiterung der Sonderfallthese formuliert werden:

> S_{RP}: Der rechtspolitische Diskurs ist neben dem juristischen Diskurs ein weiterer Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses.

Die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln eines realen rechtspolitischen Diskurses müssen folglich so weit, wie nach den Umständen angemessen, der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen angeglichen werden[209].

Dieser weitgehenden Folgerung ist entgegengehalten worden, daß es eine 'diskursphilosophische Täuschung' sei, wenn man annähme, kollektive Diskurse könnten Rationalität begründen[210]. Die außerrationalen Elemente, etwa das Charisma von

---

202 Dazu oben S. 339 (Sonderfallthese, *Alexy*).

203 Vgl. oben S. 37 (notwendiger Anspruch des Rechts auf Richtigkeit).

204 *O. Weinberger,* Über die Kultur der politischen Argumentation (1994), S. 152.

205 *O. Weinberger,* Über die Kultur der politischen Argumentation (1994), S. 154.

206 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 358.

207 Dazu sogleich S. 353 ff. (deliberative Politik und Rechtspolitik).

208 Dazu oben S. 250 (T_R).

209 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}).

210 *O. Weinberger,* Über die Kultur der politischen Argumentation (1994), S. 155; ähnlich bereits *A. Kaufmann,* Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit (1989), S. 18: »Selbsttäuschung«.

politischen Führern und Meinungsbildnern, seien so einflußreich, daß die politischen Überzeugungen nicht mehr als Ergebnis vernunftmäßiger Argumentation angesehen werden könnten[211]. Das mag als Analyse der realen Umstände zutreffen. Doch selbst wenn man derartige Einflüsse in vollem Umfang zugesteht, ändert das nichts an der Orientierung der Rechtspolitik am idealen Diskurs – eine Orientierung, die unausweichlich ist, wenn argumentiert wird. Um sich von dieser Orientierung ganz zu lösen, müßte Politik ausschließlich auf *argumentationslose* Handlungsweisen reduziert werden – etwa auf Verhandlungen unter dem Aspekt der individuellen oder partikulären Nutzenmaximierung, auf Gewalt, Aufmärsche oder Sportfeste. Das aber ist bei der Rechtspolitik erkennbar nicht der Fall; sie sucht Legitimation in der Argumentation und muß sich deshalb an der regulativen Idee eines idealen Diskurses orientieren. Nur dadurch, daß die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln realer Diskurse – so unvollkommen das im Einzelfall auch sein mag – sich Diskursidealen annähern, kann die Richtigkeit der Ergebnisse *wahrscheinlicher* werden (*unvollkommen prozedurale Gerechtigkeit*) oder innerhalb eines materiellen Rahmens als *definitiv* gelten (*quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit*).

3. *Der Wahlkampf als realer Diskurs*

Neben dem parlamentarischen Gesetzgebungsprozeß muß nach der erweiterten Sonderfallthese[212] auch der Wahlkampf als realer Diskurs verstanden werden, denn diese beiden Bereiche bilden zusammen den Kern der 'Rechtspolitik', der von *Habermas* als 'legislative Politik' bezeichnet wird[213].

Wahlen, also Abstimmungen über Personalentscheidungen, richten sich im demokratischen Verfassungsstaat nach den Wahlrechtsgrundsätzen[214]. Sind diese eingehalten, so ist die Wahlentscheidung *qua definitionem* gerecht – jedenfalls *prima facie,* denn es könnte sich ausnahmsweise herausstellen, daß eine 'gewählte' Person unwählbar war, die Wahlentscheidung sich also inhaltlich nicht im zulässigen Bereich bewegte. Abgesehen von solchen Fehlermöglichkeiten kann niemand die Wahl mit dem Argument für unrichtig oder ungerecht erklären, daß die Wahlberechtigten 'falsch' gewählt hätten. Der Wahlakt ist das einzige Kriterium für die Richtigkeit und Gerechtigkeit des Ergebnisses (*quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit*).

Der Wahlakt selbst, also die Abstimmung an der Urne, ist *kein* realer Diskurs. Ein realer Diskurs und Teil der deliberativen Politik ist aber die Wahl in einem weiteren Sinne, also die Veranstaltung 'Wahlkampf'. Insoweit besteht dasselbe Verhältnis wie zwischen der Abstimmung im Parlament (Mehrheitsentscheidung; *kein* realer Diskurs) und dem Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung insgesamt (realer Diskurs). Der Wahlkampf ist richtigkeitsorientiert. Das zeigt sich schon daran, daß

---

211 *O. Weinberger,* Über die Kultur der politischen Argumentation (1994), S. 155.

212 Dazu oben S. 350 (S_{RP}).

213 'Rechtspolitik' findet außerdem unter Rechtsdogmatikern statt, wenn etwa formale Qualitäten oder die systematische Konsistenz von Gesetzen untersucht werden. Solche Bereiche der Rechtspolitik werden hier nicht weiter untersucht. Sie unterliegen als juristische Diskurse ohne weiteres der Sonderfallthese.

214 Zur unmittelbaren Begründung der Wahlrechtsgrundsätze als Gerechtigkeitsnormen siehe oben S. 330 (Begründung der Demokratie).

der Punkt, auf den der Wahlkampf zuläuft, also der Wahlakt selbst, unter den elligiblen Kandidaten eine Entscheidung trifft, die als *definitiv richtig* gilt. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Akteure dieses 'Kampfes' strategisch agieren. Mit dem strategischen Element verhält es sich wie bei den Parteien eines Gerichtsverfahrens. Auch sie verfolgen ihre Ziele strategisch, ohne daß deshalb das Gerichtsverfahren seinen Charakter als realer Diskurs verlöre[215]. Die Parteien und Akteure müssen sich in der Wahl der Mittel dem Verfahrenscharakter des realen Diskurses unterordnen, werden also nur mit solchen Gründen gehört, die an der Richtigkeit, nicht bloß am Interesse orientiert sind[216]. Im Gerichtsverfahren sorgt dafür der Richter, im Wahlkampf ist diese Aufgabe der Wählerschaft zugewiesen. Das Funktionieren dieser Wächterrolle der Wahlbürger ist allerdings ein sehr voraussetzungsvolles Element des demokratischen Verfassungsstaates. Garant für Richtigkeit können Wähler nur sein, wenn das Vertrauen, das in die Vernünftigkeit ihrer Entscheidungen gesetzt wird, berechtigt ist. Dazu gehören nicht bloß umfassende Möglichkeiten der Information, Meinungsbildung und Willensäußerung[217], sondern auch der Wille einer breiten Mehrheit, von diesen Möglichkeiten in politischen Fragen tatsächlich Gebrauch zu machen, also die *effektive Partizipation*. Nur mit einem Mindestmaß an demokratischer Erziehung dürfte es gelingen, diese Voraussetzungen zu schaffen und aufrechtzuerhalten[218], was gleichzeitig zu dem Dilemma führt, daß in einem *freiheitlichen* Staat die Voraussetzungen solcher Staatlichkeit *nicht zu erzwingen* sind[219]. Gleichwohl gilt: Ohne Partizipation einer breiten Mehrheit ist der Typus des demokratischen Verfassungsstaates nicht lebensfähig. Man kann deshalb sagen, daß diese Partizipation mit zu den Anwendungsbedingungen des realen Diskurses 'Wahlkampf' sowie der nichtstrategischen Politik überhaupt gehört.

Versteht man den Wahlkampf als realen Diskurs, so müssen auch die übrigen Bedingungen, unter denen Wahlkampf betrieben wird, so weit, wie nach den Umständen angemessen, der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen angeglichen werden[220]. Dem Diskursideal der vollkommenen Informiertheit dient es beispielsweise, wenn die Wahlkampftätigkeit von Parteien oder sogar die Parteien insgesamt aus dem staatlichen Haushalt unterstützt werden[221]. Für die unbegrenzte Teilnahme ist vor allem ein gleichberechtigter Zugang zu den Medien nö-

---

215 Zu dieser Parallele zwischen politischer Partei und Prozeßpartei *M. Kriele,* Einführung in die Staatslehre (1994), S. 243 f.

216 Vgl. oben S. 346 (Verwaltungs- und Gerichtsverfahren als reale Diskurse).

217 *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 205 ff.

218 Ausführlich zu den diskurstheoretisch begründeten Anwendungsbedingungen des demokratischen Verfahrens *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 192 ff. Vgl. auch *F. Kübler,* Der 'Markt der Meinungen' (1989), S. 117 ff. – zum amerikanischen Konzept eines demokratiefunktionalen *'marketplace of ideas'*.

219 *E.-W. Böckenförde,* Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung (1976), S. 60. Zur Unerzwingbarkeit einer »Staatssittenlehre« etwa *H. Dreier,* Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegung (1987), S. 173 m.w.N. Zum Freiheitscharakter des Partizipationsverzichts *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 152 f. – private vs. politische Autonomie.

220 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}).

221 So etwa im deutschen Recht; vgl. *M. Morlok,* Artikel 21 GG (1998), Rn. 43 ff. m.w.N. (Zulässigkeit und Gebotenheit staatlicher Parteienfinanzierung).

tig[222]. Dem kann das Medienrecht beispielsweise dadurch Rechnung tragen, daß es den Parteien kostenlose Rundfunksendezeiten für Wahlwerbung einräumt[223]. Eine ungerechte Teilnahmeverzerrung entsteht hingegen, wenn (wie jahrelang in Taiwan) sämtliche Fernsehsender von der Regierungspartei kontrolliert sind. An der gebotenen Annäherung an das Diskursideal, wie sie nach den Umständen angemessen wäre, fehlt es in solchen Fällen.

4. *Die deliberative Politik*

a) *Die 'legislative Politik' (J. Habermas)*

Mit dem Gedanken der 'deliberativen Politik' als Verfahrensbegriff der Demokratie rückt *Habermas* »aus dem breiten Spektrum politischer Prozesse den Ausschnitt der legislativen Politik ins Blickfeld«[224], also genau denjenigen nichtstrategischen Politikgehalt, der im weiteren Sinne als 'Rechtspolitik' bezeichnet werden kann[225]. Bei *Cohen,* von dessen Idee einer *'deliberative democracy' Habermas* ausgeht[226], kommt der öffentlichen Deliberation die Funktion quasi-reiner prozeduraler Gerechtigkeit zu[227]. Dazu muß die Prozedurfairneß der öffentlichen Deliberation gezeigt werden[228]. Nichts läge näher, als die Fairneß dadurch sicherzustellen, daß man verlangt, die Rechtspolitik müsse als realer Diskurs ausgestaltet sein[229]. *Habermas* zieht aber nirgends die Konsequenz, daß es sich bei der ins Blickfeld gerückten 'legislativen Politik' um einen realen Diskurs handeln muß[230]. Vielmehr besteht er darauf, daß immer das strategische Element der Verhandlung mitschwingt[231]. Dadurch wird das Span-

---

[222] Vgl. *L.H. Tribe,* American Constitutional Law (1988), S. 786: »Especially when the wealthy have more access to the most potent media of communication than the poor, how sure can we be that 'free trade in ideas' is likely to generate truth?«

[223] So im deutschen Medienrecht (z.B. § 24 II Rundfunkstaatsvertrag), das bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kostenlose und bei privaten Sendern selbstkostenpflichtige Wahlwerbung für Parteien gebietet, wobei die staatliche Leistung nach dem Prinzip der *abgestuften Chancengleichheit* verteilt wird, um dem unterschiedlichen Rückhalt der Parteien in der Bürgerschaft Rechnung zu tragen; vgl. *M. Morlok,* Artikel 21 GG (1998), Rn. 95; *ders.,* Artikel 38 GG (1998), Rn. 97, 108; jeweils m.w.N.

[224] *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 349.

[225] Vgl. oben S. 350 (S_{RP}).

[226] Dazu oben S. 242 (*Habermas'* deliberative Politik).

[227] *J. Cohen,* Deliberation and Democratic Legitimacy (1989), S. 21: »Citizens in such an order [deliberative democracy] ... regard their basic institutions as legitimate as far as they establish the framework for free public deliberation ... [by] an *ideal deliberative procedure*« (Hervorhebung bei *Cohen*). Vgl. oben S. 127 ff. (Formen definitorischer Verfahrensgerechtigkeit).

[228] Vgl. oben S. 341 ff. (Verfassunggebung als realer Diskurs).

[229] *G.-P. Calliess,* Prozedurales Recht (1999), 106 ff. (110, 121 f.).

[230] Vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 349 ff. Ähnlich für die Transzendentalpragmatik *Apels: A. Cortina,* Diskursethik und partizipatorische Demokratie (1993), S. 249, 254.

[231] Vgl. *J. Habermas,* Faktizität und Geltung (1992), S. 349: »Aus dem Blickwinkel der Rechtstheorie habe ich diese [deliberative Politik] als einen Prozeß beschrieben, der ... Verhandlungen einschließt.« Ebd., S. 388 f.: »Das Herzstück deliberativer Politik besteht nämlich aus einem Netzwerk von Diskursen und Verhandlungen«. Ebd., S. 391: »Wir würden den diskursiven Charakter der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung mißverstehen, wenn wir glaubten, den idealen

nungsverhältnis betont, das zwischen Politik und Recht besteht. Im folgenden soll demgegenüber gezeigt werden, daß sich die Aussagen, die *Habermas* unter dem Begriff der 'deliberativen Politik' zusammenfaßt, inhaltlich gleich und argumentatorisch klarer treffen lassen, wenn man von der Rechtspolitik als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses ausgeht[232]. Für die Begründung der Gerechtigkeit des Rechts kommt es nicht darauf an, welche strategischen Motive die politischen Akteure verfolgen, sondern allein darauf, die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln zu formulieren, die eine nichtstrategische Rechtspolitik möglich machen.

b) Die 'Rechtspolitik' als realer Diskurs

Versteht man die Rechtspolitik als realen Diskurs, so müssen die Rahmenbedingungen, unter denen Rechtspolitik betrieben wird, so weit, wie nach den Umständen angemessen, der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen angeglichen werden[233]. Genau das wird bei *Habermas* mit dem Konzept der 'deliberativen Politik' eingelöst. Seine Forderungen lassen sich als Annäherungen an Diskursideale begreifen. Wenn Massenmedien rechtlicher Kontrolle unterliegen sollen, damit sie als 'Mandatar eines aufgeklärten Publikums' die öffentlichen Meinungen einer verstärkten Kritik und einem Legitimationszwang aussetzen[234], so dient das den Diskursidealen der unbegrenzten Informiertheit und Teilnehmerschaft sowie der Vorurteilsfreiheit. Die Vorstellung, daß ausreichende Ressourcen der Lebenswelt vorhanden sein müssen, um trotz Administrations- und Medienmacht für eine spontane öffentliche Kommunikation und die ungezwungene Artikulation gesellschaftlicher Interessen zu sorgen[235], orientiert sich am Diskursideal der vollkommenen Zwanglosigkeit der Kommunikation. Und die Garantie eines gleichberechtigten Zugangs zur gesellschaftlich relevanten Meinungsäußerung auch für diejenigen, die stark abweichende Ansichten vertreten[236], dient dem Diskursideal der unbegrenzten Teilnehmerschaft. *Habermas* betont selbst, daß »das diskursive Niveau beobachtbarer politischer Kommunikation ein Maßstab für die Wirksamkeit einer ... prozeduralisierten Vernunft ist«[237] – letztlich also der Zusammenhang, der hier als Theorem über den realen Diskurs formuliert wurde[238].

Gehalt allgemeiner Argumentationsvoraussetzungen zu einem Modell reiner kommunikativer Vergesellschaftung hypostasieren zu dürfen.«

232 Dazu oben S. 350 (S_{RP}).

233 Vgl. oben S. 221 (T_{Dr}). Konkrete Folgerungen etwa bei *J.P. Müller,* Demokratische Gerechtigkeit (1993), S. 192 ff. (198 f.), 201 ff. – Eindämmung der »Asymmetrie« bei realer Kommunikation.

234 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 455 ff. (455, 457).

235 Vgl. *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 466.

236 Vgl. dazu die Einschätzung bei *O. Weinberger,* Über die Kultur der politischen Argumentation (1994), S. 158: Von einem solchen 'diskursiven Gleichgewicht' seien selbst die westlichen Demokratien noch weit entfernt.

237 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 414 f.

238 Dazu oben S. 221 (T_{Dr}).

c) Zur Wohlfahrtsstaatlichkeit als Gerechtigkeitsgebot

Eine Folge des *Habermas*schen Modells der deliberativen Politik liegt in der »festen Verknüpfung von Sozialstaatlichkeit und Beteiligung an der politischen Öffentlichkeit«[239]. Das bedeutet zwar nicht, daß eine aktive wohlfahrtsstaatliche Politik im Sinne einer dauernden Steigerung von Sozialleistungen gefordert wäre. Auf einen derartigen Sozialaktivismus legt die deliberative Politik keine Regierung fest. Doch gewinnt die Sozialstaatlichkeit einen auf ihre Funktionalität für die politische Teilhabe gestützten Charakter. Die Würdebindung des Existenzminimums erweist sich demgegenüber als weniger bedeutsam, weil die Sozialstaatlichkeit dasselbe und noch mehr verlangt: nicht nur eine Minimalunterstützung zum Überleben, sondern auch eine relativ zu den tatsächlichen Lebensbedingungen in einem Staat angemessene Güterausstattung, die die *Teilnahme am politischen Leben* ermöglicht. Wenn nämlich Rechtspolitik als realer Diskurs gestaltet sein muß und wenn weiter ein realer Diskurs am Ideal der vollständigen, zwangsfreien Teilnahme aller Betroffenen orientiert ist, dann muß auch, soweit das nach den Umständen angemessen ist, die Güterbasis dafür geschaffen werden, daß Bürger nicht nur überleben, sondern auch effektiv partizipieren können.

d) Die 'deliberative Abstimmung' (J.S. Fishkin)

Begreift man nichtstrategische Politik als realen Diskurs, so liegt es nahe, die Defizite, die aus Sicht der Diskurstheorie an den bestehenden politischen Verfahren festgestellt werden müssen, nicht nur durch Schutz (öffentliche Meinung, Zivilgesellschaft) und Regulierung (Massenmedien) bestehender Instrumente zu mindern[240], sondern auch durch die Einführung *neuer* Verfahren, die ein höheres 'diskursives Niveau' versprechen[241]. Abgesehen von klassischen direktdemokratischen Verfahren, wie sie vor allem in der Schweiz verwirklicht sind, und einer ganzen Reihe von experimentellen Verfahren (Teleabstimmungen, Wahlanhörungen, Stadttreffen u.v.m.[242]) kann als ein bereits gut etabliertes Beispiel das (Gerechtigkeits-[243])Verfahren der 'deliberativen Abstimmung' (*deliberative opinion poll model*) von *Fishkin* angesehen werden[244] – eine Umfrage, die nicht die *tatsächliche* Meinung der Bevölkerung erfassen soll, son-

---

239 So die Analyse von *K.-H. Ladeur,* Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewißheitsbedingungen und intersubjektive Rationalität (1996), S. 413.

240 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 455 ff. (455, 457). Vgl. oben S. 242 ff. (deliberative Politik und Regulierung der Massenmedien).

241 Vgl. oben S. 242 ff. (diskursives Niveau im Konzept der deliberativen Politik).

242 Nach dem meist nordamerikanischen Ursprung: *televote, election hearing, town meeting*. Vgl. *J.S. Fishkin,* Democracy and Deliberation (1991), S. 95 ff. m.w.N. sowie *ders.*, The Voice of the People (1995), S. 134 ff. – zur langen nordamerikanischen Tradition der Stadttreffen, bei denen einfache Bürger ohne politische Ämter zur Sprache kommen, ursprünglich in öffentlichen Versammlungen, später zunehmend in Fernsehübertragungen.

243 Zur Einordnung der deliberativen Abstimmung als eines realen Gerechtigkeitsverfahrens siehe *J.S. Fishkin,* Dialogue of Justice (1992), S. 1 ff. (*'self-reflective society'*), 41 ff. (Kriterien für eine akzeptable Gerechtigkeitstheorie), 201 ff. (deliberative Abstimmung als legitimes Verfahren).

244 *J.S. Fishkin,* Democracy and Deliberation (1991), S. 81 ff.; *ders.,* The Voice of the People (1995), S. 161 ff. – d*eliberative poll.* Konkrete Verfahren wurden bisher, soweit ersichtlich, nur in Großbritannien und in den U.S.A. durchgeführt.

dern deren *potentielle* Meinung, wie sie im Falle umfassender Sachaufklärung und Beratung gebildet würde (*considered judgments of the public*)[245]. Dabei wird eine repräsentative Bevölkerungsgruppe von etwa dreihundert bis sechshundert Personen zusammengestellt und bezahlt, um an einem zentralen Ort zusammenzukommen. Nach einer Eingangsabstimmung (*baseline survey*) über die zu entscheidende Sachfrage wird die Gruppe mehrere Tage von unterschiedlichen Experten möglichst ausgewogen informiert. Danach führt sie Diskussionen in Kleingruppen und befragt Politiker mit unterschiedlichen Ansichten zur Sachfrage. Erst nach Abschluß dieses extensiven und intensiven Informationsprozesses erfolgt die eigentliche Abstimmung (*deliberative poll*). In den bisher real durchgeführten Verfahren gab es jeweils signifikante Unterschiede zwischen der Entscheidung vor und nach dem Informationsprozeß[246]. Da die vollkommene Informiertheit zu den Diskursidealen zu rechnen ist, muß das 'diskursive Niveau' der deliberativen Abstimmung gegenüber der nichtdeliberativen Eingangsabstimmung als *höher* und die Entscheidung deshalb als *besser begründet* angesehen werden[247]. Deliberative Abstimmungen sind damit ein möglicher Beitrag zur prozedural erzeugten Gerechtigkeit im Recht.

5. *Ergebnisse*

Nichtstrategische Politik kann sinnvoll als realer Diskurs zur Gerechtigkeitsbegründung verstanden werden. Dadurch werden die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln, die *Habermas* für sein Konzept der deliberativen Politik formuliert hat, unmittelbar als Gebote rekonstruierbar, die Diskursideale näherungsweise verwirklichen. Der Schutz öffentlicher Meinungsbildung und zivilgesellschaftlicher Assoziation sowie die Regulierung von Massenmedien müssen dann dem Umstand Rechnung tragen, daß diese politischen Instrumente für die Erzeugung gerechten Rechts als Verfahren prozeduraler Gerechtigkeit konstitutiv sind[248]. Vereinfacht ausgedrückt: Ohne einen wirksamen Schutz politischer Diskurse vor strategischen Interessen ist die Begründung gerechten Rechts jedenfalls nicht optimal möglich. Neue Verfahren, wie etwa die 'deliberative Abstimmung', können einen prozeduralen Beitrag zu diesem Optimierungsprozeß leisten.

---

[245] Zu dieser Zielsetzung des Verfahrens und zu der Funktion, öffentliche Meinung nicht zu beschreiben oder vorherzusagen, sondern eine potentielle Meinung »präskriptiv« zu »empfehlen«: *J.S. Fishkin*, The Voice of the People (1995), S. 162.

[246] Beispielsweise sank in einer deliberativen Abstimmung über Strafrechtspolitik und Strafvollzug in Großbritannien die Rate der Befürworter von schärfen Strafen mit deren Informiertheit um ein Vielfaches der Signifikanzgrenze (von 57% auf 38% bei 1%-Signifikanz); *J.S. Fishkin*, The Voice of the People (1995), S. 177 ff.

[247] Vgl. *J.S. Fishkin*, The Voice of the People (1995), S. 161 – Zitate der Teilnehmenden; *ders.*, Dialogue of Justice (1992), S. 200 f. – informiertere Wahl von Präsidentschaftskandidaten.

[248] Im Ergebnis noch weitergehend *G. Jochum*, Materielle Anforderungen an das Entscheidungsverfahren in der Demokratie (1997), S. 84: »Politische Entscheidungen sind in der Demokratie nur unter der Bedingung eines vorherigen Diskurses legitimiert.« Gemeint ist ein 'öffentlicher Diskurs'; vgl. ebd., S. 68 ff.

IV. Zur Wirtschaft

1. Die Wirtschaft als Kontrapunkt zu Diskursen

Im Gegensatz zu Recht und Politik hat der dritte große Sozialbereich, die Wirtschaft, keinerlei Diskurscharakter, sondern ist geradezu das Gegenteil eines Diskurses. Bei Marktentscheidungen geht es den Akteuren nicht darum, was für alle gut oder richtig wäre, sondern allein um ihre eigenen Interessen. Sie werden nicht als Wohltäter oder Staatsbürger tätig, sondern als egoistische Nutzenmaximierer. Es geht nicht um Konsense, sondern um situative Kompromisse. Das Mittel der Interaktion ist nicht der Diskurs, sondern die Verhandlung[249].

Markt, Verhandlung und Vertrag bilden gleichwohl zusammen ein Verfahrensmodell, dem man die Funktion der quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit zuordnen kann. Was immer als Verhandlungsergebnis im Vertrag beschlossen wird, gilt als *richtig* und *gerecht*, wenn nicht ausnahmsweise eine Verletzung rechtlicher Rahmenbedingungen vorliegt. Aber die 'Richtigkeit', von der hier die Rede ist, entspricht nicht derjenigen, an der sich ein (rechtspolitischer) Diskurs orientiert: Der rechtliche Rahmen reduziert sich innerhalb der Wirtschaft zu einem Faktor des klugen Kalküls[250]. Die Wirtschaft schließt nicht alle pragmatischen, ethischen und moralischen Gründe ein, sondern beschränkt sich allein auf *pragmatische*; sie strebt nach effizienter Erzielung von Kooperationsgewinnen[251].

Auch für das nichtdiskursive Verfahrensmodell der Wirtschaft lassen sich Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln formulieren, bei deren Nichteinhaltung die Ergebnisse des Marktes ungerecht werden. Diese Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln werden in der Wirtschaftstheorie unter der Überschrift des Marktversagens (*market failure*) diskutiert[252]. Eine Theorie des Marktversagens ist hier nicht zu entwickeln, doch sei darauf hingewiesen, daß es grundsätzlich zwei Lösungswege für solche Fälle gibt. Entweder das Marktversagen (z.B. Monopolbildung, Dumping) wird durch eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Marktes beseitigt (z.B. Fusionskontrolle, Kartellverbot), oder der problematische Gegenstand (z.B. öffentliche Güter) wird (als *ultima ratio*[253]) ganz aus dem Marktmodell herausgenommen[254].

---

249 Vgl. oben S. 232 (*arguing vs. bargaining*).

250 Ähnlich bereits *M. Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1976), Bd. I, S. 181: »Wenn nun trotzdem Wirtschafts- und Rechtsordnung in höchst intimen Beziehungen zueinander stehen, so ist eben diese letztere dabei nicht in juristischem, sondern in soziologischem Sinne verstanden: als *empirische* Geltung. Der Sinn des Wortes 'Rechtsordnung' ändert sich dann völlig. Sie bedeutet dann nicht einen Kosmos logisch als 'richtig' erschließbarer Normen, sondern einen Komplex von faktischen Bestimmungsgründen realen menschlichen Handelns.« (Hervorhebung bei *Weber*).

251 Vgl. oben S. 169 (T_{RC}).

252 *R.A. Posner,* Economic Analysis of Law (1992), S. 271 ff., 367 ff. mit Kritik am Begriff.

253 Vgl. *R.A. Posner,* Economic Analysis of Law (1992), S. 367 f. – »*incentives*« statt »*regulation*«.

254 Vgl. oben S. 276 (Beitragsdilemma bei öffentlichen Gütern).

2. *Das Recht der Wirtschaft*

Nicht zur Abwendung des Marktversagens, sondern auch zur Sicherung der ganz normalen Rahmenbedingungen eines funktionierenden Marktes (Betrugsverbot u.v.m.) ist Recht nötig. Die Diskursivität des Rechts[255] impliziert eine Richtigkeitsorientierung, in der außer pragmatischen auch ethische und moralische Gründe eine Rolle spielen können. Pragmatische Gründe sind beispielsweise ausschlaggebend, wenn man um der Effizienzorientierung willen ein Kartellrecht einführt. Dagegen handelt es sich um ethische oder moralische Gründe, wenn Verbraucherschutz- oder Arbeitnehmerschutzgesetze verabschiedet werden. Damit zeigt sich, daß, obwohl die Wirtschaft selbst nicht diskursiv ist, die Verfahren zum *Recht der Wirtschaft* den ganz normalen Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln unterliegen, wie sie für Recht im allgemeinen gefordert sind (juristische Diskurse in Legislative, Exekutive und Judikative[256]).

V. *Ergebnisse*

Im demokratischen Verfassungsstaat unterliegen Entscheidungen über die soziale Ordnung dem relativen Primat des Prozeduralen. Damit verlagert sich die Gerechtigkeitsbegründung auf die Anforderungen, die an Verfahren gestellt werden müssen. Die Verfahren müssen so gestaltet sein, daß sie entweder die Wahrscheinlichkeit erhöhen, ein schon als gerecht begründetes Ergebnis real umzusetzen (*unvollkommen prozedurale Gerechtigkeit*), oder sie müssen sicherstellen, daß jedes Ergebnis, solange es innerhalb materieller Gerechtigkeitsvorgaben liegt, als definitiv gerecht angesehen werden kann (*quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit*). Indem die Anforderungen diskurstheoretisch begründet werden, kann die Diskurstheorie zur Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates werden. Für die verschiedenen Verfahren im Recht (Verfassunggebung, parlamentarische Gesetzgebung, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren) gelingt dies, indem die Verfahren als reale Diskurse betrachtet werden. Innerhalb der Politik kann diese Betrachtungsweise auf die Rechtspolitik ausgedehnt werden und dabei neben dem 'richtigen' Wahlkampf vor allem *Habermas* Konzept der deliberativen Politik mit diskurstheoretischen Anforderungen begleiten. Im Bereich der Wirtschaft bleibt die Leistung der Diskurstheorie indes auf die Metaebene des Wirtschaftsrechts beschränkt.

E. *Zur Erweiterbarkeitsthese in der Diskurstheorie der Gerechtigkeit*

Die Erweiterbarkeitsthese besagt, daß es ein zulässiges methodisches Vorgehen ist, wenn gegenwärtige Gerechtigkeitstheorien sich zunächst auf eine vereinfachte Sicht der Dinge konzentrieren und nur nach der Gerechtigkeit unter aktuell in einem einzelnen Nationalstaat lebenden Menschen unbestimmten Geschlechts fragen, um allenfalls in einem zweiten Schritt die gefundenen Ergebnisse auf Fragen nach der Ge-

[255] Dazu oben S. 339 ff. (Diskursivität des Rechts).

[256] Dazu oben S. 345 ff. (Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als reale Diskurse).

rechtigkeit gegenüber der Natur (Tiere, Pflanzen, unbelebte Entitäten), gegenüber künftigen Generationen, anderen Staaten oder unter den Geschlechtern zu erweitern[257]. Im Lichte dieser These soll abschließend in Grundzügen beleuchtet werden, auf welchem Weg eine Diskurstheorie der Gerechtigkeit auch hier Maßstäbe entwickeln könnte.

I. Zur Gerechtigkeit gegenüber der Natur

Die Gerechtigkeit gegenüber der Natur bezeichnet mehr als die Umweltschutzprobleme der Menschen; sie fragt nach einer Überwindung des Anthropozentrismus. Hier ist die Diskurstheorie vor das Problem gestellt, daß Diskurse nur unter Menschen geführt werden können[258]. Bei diesem Verfahren der praktischen Erkenntnis sind Tiere und Pflanzen (Biozentrismus) oder unbelebte Entitäten (Holismus) von vornherein keine tauglichen Teilnehmer. Damit stellt sich die Erweiterbarkeit noch schwieriger dar, als bei Theorien der hobbesianischen Grundposition, die auf Interessen abstellen, und deshalb für ein (wie auch immer konkretisiertes) Nutzenkalkül immerhin auf *objektive* Lebens- oder Bestandsinteressen von Tieren, Pflanzen oder sogar unbelebten Entitäten zurückgreifen könnten.

Die Erweiterbarkeitsproblematik hat eine Parallele in der ökologischen Ethik. Dort wird diskutiert, ob Naturentitäten überhaupt eigene Rechte haben können, oder ob es notwendig nur um (einseitige) menschliche Pflichten gegenüber der Natur gehen müsse. Eine mögliche Antwort lautet, daß jedenfalls für die Zwecke des *positiven* Rechts eine Zuweisung von 'Rechten' zu Naturentitäten genauso möglich ist, wie sie bei juristischen Personen geschieht. Für die Naturentität wird dadurch eine menschenähnliche Persönlichkeit fingiert, um sie in den vollen Genuß der instrumentellen Kraft eines 'Rechtes' (*claim right*) kommen zu lassen. Über juristische Vertreter kann ein solches 'Recht' dann geltend gemacht werden[259].

Die Gedanken einer Personenfiktion und der Vertretungsmöglichkeit lassen sich zumindest für reale Diskurse fruchtbar machen. Bestimmte Diskursideale, etwa das der unbegrenzten Teilnehmerschaft, könnten dadurch auch für Naturentitäten näherungsweise verwirklicht werden. Entlang dieser Entwicklungslinien wäre es beispielsweise denkbar, diskurstheoretische Anforderungen an Verwaltungsverfahren zu entwickeln, nach denen einem Baum, bevor er gefällt wird, möglichst vollständige Informationen zugeleitet und eine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden muß. Die Erweiterung der Diskurstheorie auf Fragen der Gerechtigkeit gegenüber der Natur ist folglich nicht völlig ausgeschlossen.

---

257 Dazu oben S. 114 ff. (Erweiterbarkeitsthese).

258 So auch *J. Habermas,* Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 219 ff.; *W. Kuhlmann,* Anthropozentrismus (1989), S. 131 ff., beide m.w.N. Vgl. *G. Skirbekk,* Ethical Gradualism and Discourse Ethics (1993), S. 297 ff., 306 ff. – Zusammenhänge zwischen *moral agent, moral subject* und *moral discussant.*

259 Vgl. zu dieser nichtanthropozentrischen Lösungsmöglichkeit innerhalb eines nach wie vor anthropozentrischen Rechtsverständnisses *S. Emmenegger/A. Tschentscher,* Taking Nature's Rights Seriously (1994), S. 572 ff., 586 ff.

II. *Zur Gerechtigkeit gegenüber zukünftigen Generationen*

Eine Berücksichtigung zukünftiger Generationen ist in ähnlicher Weise möglich wie bei der Gerechtigkeit gegenüber der Natur. Ohnehin gehören die Anliegen zukünftiger Generationen zu den Gegenständen, die durch aktuell lebende Vorfahren in Diskurse eingebracht werden. Darüber hinaus könnte durch den Gedanken der Stellvertretung ein Diskurs fiktiv in die Zukunft verlängert werden.

III. *Zur Gerechtigkeit in der Völkergemeinschaft*

Die Chancen auf einen gesicherten Weltfrieden und damit auch auf eine Gerechtigkeit in der Völkergemeinschaft dürften gleichermaßen davon abhängen, ob ein Weltrecht begründet und effektiv durchgesetzt werden kann. Das ist aus denselben Gründen geboten wie die Institutionalisierung von Gerechtigkeitsnormen innerhalb der einzelnen Staatsordnung[260].

Im übrigen gelten die unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen im internationalen Maßstab genauso wie für den Einzelstaat. Die Grundrechte auf Gleichheit, optimierte Freiheiten und Demokratie sind universell begründet.

Die mittelbare Begründung von Gerechtigkeitsnormen hängt davon ab, ob man die Interaktion in der Völkergemeinschaft als Diskurs begreifen kann. Dagegen spricht vor allem, daß die zwischenstaatliche Beziehung häufig als 'Naturzustand' angesehen wird, in dem nur strategisches Handeln zählt[261]. Andererseits bietet die Etablierung einer effektiv durchsetzbaren Völkerrechtsordnung Anlaß, die Verfahren wie die Rechtsverfahren im innerstaatlichen Recht zu behandeln, also als reale Diskurse, die an Richtigkeit orientiert sein müssen und für die sich deshalb diskurstheoretische Anforderungen formulieren lassen. Dadurch würde die Diskurstheorie zu einer Basistheorie der Völkerrechtsordnung.

Bei der Formulierung diskurstheoretischer Anforderungen an einen völkerrechtlichen Diskurs ist allerdings zu beachten, daß es immer um eine Annäherung an Diskursideale geht, wie sie 'nach den Umständen angemessen' ist[262]. Die Umstände sind im internationalen Maßstab indes andere als auf nationaler Ebene. So könnte es sich beispielsweise als unangemessen erweisen, wenn gefordert wird, im Interesse einer möglichst unbegrenzten Teilnehmerschaft auch die Vertreter der kleinsten Staaten an jeder Entscheidungsfindung über Einzelfragen der Völkerrechtsordnung zu beteiligen. Doch erscheint es, ohne daß dies hier vertieft werden könnte, möglich, wenigstens für die Verfahren der internationalen Organisationen (UNO, WTO u.v.m.) Anforderungen zu formulieren, die auch dort eine mittelbare Begründung von Gerechtigkeitsnormen im Völkerrecht bewirken.

---

260 Dazu oben S. 333 (Institutionalisierung der Gerechtigkeit).

261 Vgl. den Kontext der Begründung der Aussage *'homo homini lupus'* bei *T. Hobbes*, Vom Bürger (1642), Widmung: »Nun sind sicher beide Sätze wahr: *Der Mensch ist ein Gott für den Menschen*, und: *Der Mensch ist ein Wolf für den Menschen;* jener, wenn man die Bürger untereinander, dieser, wenn man die Staaten untereinander vergleicht.«

262 Dazu oben S. 221 (T_{Dr}).

IV. Zur Gerechtigkeit unter den Geschlechtern

Die Gerechtigkeit unter den Geschlechtern ist das spezifische Anliegen des Feminismus. Dabei gehen die unterschiedlichen feministischen Richtungen (Liberalfeminismus, Relationalfeminismus, Radikalfeminismus u.v.m.) von verschiedenen Diskriminierungsthesen aus[263]. Diese lassen sich sowohl der unmittelbaren wie der mittelbaren Begründung von Gerechtigkeitsnormen zuordnen und in eine Diskurstheorie der Gerechtigkeit einbinden[264]. In der unmittelbaren Begründung geht es dabei um die Konkretisierung des Grundrechts auf Gleichheit. Insoweit genügt die Klarstellung, daß das Gleichheitsgebot auch und vor allem eine Gleichheit unter den Geschlechtern einschließen muß.

Schwieriger stellt sich das feministische Anliegen bei der mittelbaren Begründung von Gerechtigkeitsnormen dar. Hier können, je nachdem, welche Diskriminierungsthese im realen Diskurs berücksichtigt werden soll, zusätzliche Anforderungen an Verfahren begründet werden. Es ist nicht ausgeschlossen, daß selbst Quotenregelungen diskurstheoretisch begründet werden könnten, wenn sie allein eine den Umständen nach angemessene Annäherung an die Diskursideale der unbegrenzten Teilnehmerschaft und vollkommenen Zwangsfreiheit zu sichern vermögen. Dabei kann es geschehen, daß unterschiedliche feministische Theorien zu diskurstheoretischen Anforderungen mit ganz verschiedener Stoßrichtung führen, etwa der Liberalfeminismus im Sinne einer verstärkten Teilnehmerschaft, der Radikalfeminismus mit dem Ziel größerer Zwangsfreiheit und der Relationalfeminismus gemäß dem Anliegen größtmöglicher Vorurteilsfreiheit[265].

---

263 Dazu *H. Pauer-Studer,* Ethik und Geschlechterdifferenz (1996), S. 87 ff.; vgl. *S. Emmenegger,* Feministische Kritik des Vertragsrechts (1999), S. 5 ff. – Entwicklungslinien der feministischen Jurisprudenz.

264 Zu einem Versuch, in kritischer Distanz zu *Habermas* dessen Diskurstheorie in Richtung auf einen interaktiven, relationalen Universalismus weiterzuentwickeln, vgl. *S. Benhabib,* Der verallgemeinerte und der konkrete Andere (1989), S. 454 ff. Hierzu und zu anderen »Anschlußmöglichkeiten« des Feminismus an diskurstheoretische Ansätze *S. Lang,* Feministische (Diskurs-)Ethik? (1990), S. 80 ff.

265 Vgl. *S. Emmenegger,* Feministische Kritik des Vertragsrechts (1999), S. 27 ff. – unterschiedliche Rechtskritik einzelner feministischer Ansätze.

V. Ergebnisse

Eine Diskurstheorie der Gerechtigkeit, wie sie hier in Grundzügen skizziert wurde, läßt sich auch jenseits der Themenkreise, die zum Mindestgehalt einer politischen Gerechtigkeitstheorie zählen, zu einer umfassenden Theorie ausbauen. Die hier vorgestellte anthropozentrische, generationsbeschränkte, staatsbezogene und geschlechterblinde Theorie ist für Erweiterungen offen, ohne daß an den Grundzügen der Begründung nachträglich etwas geändert werden müßte.

Schluß:
Die Untersuchungsergebnisse im Überblick

Die Leitfrage dieser Untersuchung: 'Wie kann Recht gerecht sein?' ist im Ergebnis damit zu beantworten, daß zu einer *prozeduralen* Gerechtigkeitsbegründung und -erzeugung keine Alternative besteht. In einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit können sowohl universelle Gerechtigkeitsnormen begründet, als auch diejenigen Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln bestimmt werden, die in den realen Diskursen des Rechts und der Politik gerechte Rechtsnormen erzeugen und sichern. Der Weg dazu ließ sich hier nur in Grundzügen skizzieren. Wenn die Arbeit dabei zeigen konnte, daß auch aus juristischer Sicht in den prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit ein vielversprechendes Begründungsmodell für 'richtiges Recht' zu finden ist, dann hat sie ihr wichtigstes Ziel erreicht.

I. Gerechtigkeit, Moral und Recht

1. Der tatsächlich und regelmäßig festzustellende Gerechtigkeitsbezug des positiven Rechts ist nicht bloß kontingent, sondern beruht auf einem inhaltsoffenen Richtigkeitsanspruch, dessen Erhebung notwendig mit der Qualifizierung als 'Recht' einhergeht. Sowohl in der Rechtstheorie als auch in der Rechtsdogmatik läßt sich eine spezifisch juristische Perspektive für Gerechtigkeitsfragen entwickeln, aus der die Theorien der politischen Philosophie in einem neuen Licht erscheinen. Gerechtigkeit wird dadurch zu einem Untersuchungsgegenstand der Jurisprudenz. Aus juristischer Sicht muß sich eine Gerechtigkeitstheorie bemühen, die philosophische Ebene der Gerechtigkeitsbegründung mit der dogmatischen Ebene der Gerechtigkeitserzeugung zu verbinden.

II. Begriff und Klassifizierung prozeduraler Gerechtigkeitstheorien

2. Die Gerechtigkeit ist Teil der Moral. Die notwendigen Elemente des Gerechtigkeitsbegriffs treten deutlich hervor, wenn man ihn zunächst unabhängig vom Begriff der Gerechtigkeitsnorm definiert. Dann zeigt sich, daß das Gerechtigkeitsprädikat durch Handlungs-, Sozial-, Richtigkeits-, Sollens- und Gleichheitsbezug geprägt ist. Im Begriff der Norm und in ihrem pragmatischen Gehalt sind hingegen die meisten dieser Elemente bereits enthalten, so daß Gerechtigkeitsnormen vereinfacht als Normen über sozialbezogene Handlungsweisen begriffen werden können. Gerechtigkeit stellt sich dann als Inbegriff der Geltung von Gerechtigkeitsnormen dar. Die Behauptung der Geltung kann sich auf die Begründung oder Erzeugung von Gerechtigkeitsnormen stützen. Damit ist ein Gerechtigkeitsbegriff gefunden, der sowohl für Gerechtigkeitsbegründungs- als auch für Gerechtigkeitserzeugungstheorien als Grundlage geeignet ist.

3. Unter den Gerechtigkeitstheorien sind diejenigen besonders bedeutsam, die sich mit politischer Gerechtigkeit befassen (Schwerpunktthese). Sie werden gemeinhin nach dem Darstellungsmittel klassifiziert (Vertrag, Beobachter, Diskurs). Eine

solche Einteilung ist allein wenig aussagekräftig, weil praktisch jeder Inhalt im Gewand einer Vertragstheorie präsentiert werden kann (Indifferenzeinwand). Dagegen vermag die Klassifizierung nach Grundpositionen der politischen Philosophie die unterschiedlichen Konzeptionen der praktischen Vernunft, die von den Gerechtigkeitstheorien jeweils verfolgt werden, besser zu betonen. Sowohl die Formen des Vernunftgebrauchs (pragmatisch, ethisch, moralisch) als auch die in den Theorien verwendeten Darstellungsmittel (Vertrag, Beobachter, Diskurs) sind demgegenüber untergeordnete Unterscheidungskriterien.

4. Trotz des sehr unterschiedlichen Anwendungsbereichs, den Theorien der politischen Gerechtigkeit behandeln (Mikro-, Meso-, Makrotheorien), bleiben sie vergleichbar (Skalierbarkeitsthese). Eine vollständige Theorie der politischen Gerechtigkeit muß mindestens die fünf Themenkreise 'Begründungsmodell', 'Institutionalisierung', 'Menschenrechte', 'Demokratie' und 'Güterverteilung' behandeln (Mindestgehaltsthese). Als besondere, nicht zum Mindestkanon gehörige Themenkreise können die Gerechtigkeit gegenüber der Natur, in der Völkergemeinschaft, gegenüber zukünftigen Generationen und unter den Geschlechtern gelten. In der Regel läßt sich eine unvollständige Theorie ohne Argumentationsbruch vervollständigen (Ergänzbarkeitsthese) und verliert ihre Gültigkeit nicht dadurch, daß sie nachträglich auf die besonderen Themenkreise ausgedehnt wird (Erweiterbarkeitsthese).

5. Prozedurale Gerechtigkeit ist die Förderung von Ergebnisgerechtigkeit durch Verfahren. Sie tritt abschließend in vier Formen auf. Nur die reine prozedurale Gerechtigkeit läßt eine Begründung von Gerechtigkeit zu, die ohne verfahrensexterne Gerechtigkeitskriterien und ohne einen übergeordneten Gerechtigkeitsrahmen auskommt. Die quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit bedarf dagegen immer eines übergeordneten Gerechtigkeitsrahmens. Die beiden 'dienenden' Formen, die unvollkommene und die vollkommene prozedurale Gerechtigkeit, eignen sich allein nicht zur Gerechtigkeitsbegründung, sondern sind auf verfahrensexterne Kriterien angewiesen.

6. Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit im engeren Sinne sind nur solche Theorien, die zur Begründung von Gerechtigkeit auf Verfahren zurückgreifen. Es handelt sich dabei um genau diejenigen Theorien, die der hobbesianischen oder kantischen Grundposition der politischen Philosophie zuzurechnen sind. Für diese Theorien ist kennzeichnend, daß sie materiale Annahmen so schwach wie möglich halten und die prozeduralen Begründungselemente so stark wie möglich ausbauen. Als prozedurale Theorien der Gerechtigkeit im weiteren Sinne kann man auch Gerechtigkeitserzeugungstheorien verstehen; deren Verfahren bleiben aber auf verfahrensexterne Kriterien zur Gerechtigkeitsbegründung angewiesen.

III. Einige Theorien der Gerechtigkeit

7. Die Theorien der nietzscheanischen Grundposition verbindet eine grundlegende Gerechtigkeitsskepsis. Ihr Credo ist, daß Gerechtigkeit inhaltlich nicht begründet werden kann. Soweit die Theorien auf Verfahren setzen, um Entscheidungen über Handlungsweisen herbeizuführen, wird diesen Verfahren keine gerechtigkeitsbegründende Wirkung zugeordnet; diese sind vielmehr bloß Mittel zur Erreichung eines nichtprozedural bestimmten Zwecks.

8. Die Theorien der aristotelischen Grundposition halten eine bestimmte Konzeption des guten Lebens für allgemeinverbindlich; Gerechtigkeit beurteilt sich in Abhängigkeit von dem als wertvoll erkannten 'Guten'. Die materiellen Konzeptionen des Guten in Naturrechtslehren und im Kommunitarismus stimmen mit der formellen Konzeption des Guten im Utilitarismus darin überein, daß ihre Ziele selbst nicht mehr durch Verfahren überprüft, sondern nur noch gesetzt werden. Insoweit kann man von einem partiellen Begründungsverzicht sprechen. Bei Naturrechtslehren wird der materielle Begründungsmaßstab für Gerechtigkeit ('göttliche Gerechtigkeit'), beim Utilitarismus das formelle Gerechtigkeitsprinzip ('größtes Glück der größten Zahl') und beim Kommunitarismus die Bindung an eine kollektive Konzeption des Guten ('Traditionsgemeinschaft') nicht mehr hinterfragt. Insoweit sind die Theorien nur bekenntnis-, nicht erkenntnisfähig.

9. Die Theorien der hobbesianischen Grundposition sind explizit – oder bei älteren Sozialvertragstheorien implizit – Theorien des rationalen Entscheidens (rational *choice theories, decision theories).* Als Entscheidungstheorien beurteilen sie die Richtigkeit einer Handlungsweise allein mit individueller Nutzenmaximierung. Trotz des gemeinsamen methodischen Ausgangspunktes begründen diese Theorien sehr unterschiedliche Ergebnisse als gerecht oder ungerecht, je nachdem, welches Nutzenkalkül bei der Entscheidung zugrundegelegt wird.

10. Die Theorien der kantischen Grundposition fragen nach der Richtigkeit eines Handelns für alle Betroffenen. Sie kommen in den Darstellungsformen der Sozialvertrags-, Beobachter- und Diskurstheorien vor. Trotz vielfacher Ähnlichkeiten im Ergebnis unterscheiden sie sich grundlegend in der Methodik der Begründung.

IV. Analyse und Kritik von Gerechtigkeitstheorien

11. Gegen den Gerechtigkeitsskeptizismus der nietzscheanischen 'Antitheorien' der Gerechtigkeit spricht erstens, daß sie die Rationalitätspotentiale prozeduraler Gerechtigkeit nicht realisieren (Inadäquatheitsargument), und zweitens, daß sie zur Richtigkeit sozialer Ordnung Aussagen treffen, die Richtigkeit des Handelns aber gleichzeitig für positiv nicht begründbar erklären (Inakzeptabilitätsargument).

12. Abgesehen vom Utilitarismus, dessen Nutzenmaximierungsideal formal definiert ist, sind alle Theorien der aristotelischen Grundposition einem Bekenntnis zu materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen verpflichtet, das sie selbst nicht positiv begründen können. Ihre Konzeption des Guten liegt in einem Traditionalismus oder in einer religiösen oder sonst materialen Wertvorstellung, die zwar einem Wandel unterworfen sein kann, aber letztlich immer einen unbegründeten Rest enthält. Mit dieser Begründungsabstinenz verhält es sich ähnlich wie bei den Theorien der nietzscheanischen Grundposition: Sie ist angesichts der prozeduralen Begründungsmöglichkeiten inadäquat und angesichts der sozialen Aufgabe der Gerechtigkeitsbegründung inakzeptabel. Das bloße Bekenntnis zu einer kollektiven Konzeption des Guten, sei es material (Naturrechtslehren, Kommunitarismus) oder formal (Utilitarismus), kann die Forderung nach einer Begründung richtigen Rechts nicht befriedigen.

13. Im Hinblick auf das strategische Handeln unter egoistischen Nutzenmaximierern, das bei den Gerechtigkeitstheorien der hobbesianischen Grundposition den Ausgangspunkt bildet, verfügt die Spieltheorie über einen gegenüber älteren Sozial-

vertragsmodellen genaueren Begründungsansatz. Die Spieltheorie kann aber nicht die normativen Argumente liefern, die zu einer Gerechtigkeitsbegründung noch fehlen. Die sich wechselseitig widersprechenden Ansätze der Entscheidungstheorien zeigen, daß ein universelles Nutzenkalkül nicht bestimmbar ist. Dieses Defizit läßt sich auch nicht dadurch überbrücken, daß – gewissermaßen durch die Hintertür – moralische Beschränkungen der Nutzenmaximierung eingeführt werden, denn damit verliert die Gerechtigkeitstheorie ihren Charakter als Entscheidungstheorie. Die Gerechtigkeitstheorien der hobbesianischen Grundposition stellen sich also insgesamt als prozedurale Gerechtigkeitstheorien dar, deren konkrete Gerechtigkeitsbegründung mit so gewichtigen Unwägbarkeiten belastet ist und zu so inadäquaten Sozialmodellen führt, daß die Theorien im Ergebnis nicht überzeugen können.

14. Auch die Theorien der kantischen Grundposition bieten nur teilweise eine hinreichende Gerechtigkeitsbegründung. Kantische Sozialvertragstheorien und Standpunkttheorien begegnen schon im methodischen Ansatz durchgreifenden Bedenken; sie können den Verdacht der konstruktiven Beliebigkeit ihrer moralischen Gehalte nicht ausräumen. Diskurstheorien versprechen am ehesten, eine befriedigende Antwort auf die Frage nach Gerechtigkeit im Recht geben zu können.

V. Grundzüge einer Diskurstheorie der Gerechtigkeit

15. Gerechtigkeitsnormen lassen sich unmittelbar begründen, indem man ihre diskurstheoretische oder diskursive Notwendigkeit zeigt; sie lassen sich mittelbar begründen, indem man die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln definiert, unter denen reale Diskurse gerechte Ergebnisse hervorbringen. Es bietet sich an, diese Begründungsformen zu einer kombinierten Begründungsstrategie zu verbinden.

16. Menschenrechte und Demokratie lassen sich weitgehend unmittelbar begründen, also ohne Rückgriff auf konkrete Diskurse. Eine diskurstheoretische Präsuppositionsanalyse, erweitert um schwache empirische Prämissen, kann dabei zeigen, daß die Grundsätze der anthropozentrischen Souveränität, der politischen Meinungsäußerungsfreiheit, der Gleichheit im Diskurs und der menschlichen Existenzberechtigung bei jeder Kommunikation über Gerechtigkeit notwendig vorausgesetzt werden müssen (diskurstheoretische Notwendigkeit). Sie sind damit aber nicht ausnahmslos, sondern nur 'im Prinzip' objektiv anerkannt, haben also noch nicht den Status vorpositiver Menschenrechte. Mit Hilfe des hypothetischen idealen Diskurses – einem Verfahren der reinen prozeduralen Gerechtigkeit – lassen sich darüber hinaus einzelne Gerechtigkeitsprinzipien begründen (diskursive Notwendigkeit). Dazu gehören ein umfassendes System öffentlicher und privater Freiheiten, der allgemeine Gleichheitssatz, das Gebot der Verhältnismäßigkeit und ein Grundrecht auf Demokratie. Die spezifische Abwägung der Freiheitsrechte untereinander, die Begründung einer Eigentumsordnung und die konkrete Institutionalisierung eines demokratischen Verfassungsstaates folgen hingegen nicht aus einem idealen Diskurs. Die unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen müssen in der Form zwingenden Rechts institutionalisiert werden, weil nur die Institutionalisierung von Normen, ihre Bewehrung mit staatlichem Zwang, die Normdurchsetzung und damit die Realisierung von Kooperationsgewinnen in der Gemeinschaft sichern kann.

17. Juristische Verfahren lassen sich sinnvoll als reale Diskurse begreifen. Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln können dann so formuliert werden, daß sie der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen folgen. Eine Diskurstheorie der Gerechtigkeit ermöglicht dadurch eine weitergehende, konkretisierende Gerechtigkeitsbegründung jenseits der unmittelbar begründeten Gerechtigkeitsnormen ('Gerechtigkeitsrahmen'). Sie wird so zu einer Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates.

18. Nichtstrategische Politik kann sinnvoll als realer Diskurs zur Gerechtigkeitsbegründung verstanden werden. Dadurch werden die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln, die *Habermas* für sein Konzept der deliberativen Politik formuliert hat, unmittelbar als Gebote rekonstruierbar, die Diskursideale näherungsweise verwirklichen. Der Schutz öffentlicher Meinungsbildung und zivilgesellschaftlicher Assoziation sowie die Regulierung von Massenmedien müssen dann dem Umstand Rechnung tragen, daß diese politischen Instrumente für die Erzeugung gerechten Rechts als Verfahren prozeduraler Gerechtigkeit konstitutiv sind. Vereinfacht ausgedrückt: Ohne einen wirksamen Schutz politischer Diskurse vor strategischen Interessen ist die Begründung gerechten Rechts jedenfalls nicht optimal möglich. Neue Verfahren, wie etwa die 'deliberative Abstimmung', können einen prozeduralen Beitrag zu diesem Optimierungsprozeß leisten.

19. Im demokratischen Verfassungsstaat unterliegen Entscheidungen über die soziale Ordnung dem relativen Primat des Prozeduralen. Damit verlagert sich die Gerechtigkeitsbegründung auf die Anforderungen, die an Verfahren gestellt werden müssen. Die Verfahren müssen so gestaltet sein, daß sie entweder die Wahrscheinlichkeit erhöhen, ein schon als gerecht begründetes Ergebnis real umzusetzen (unvollkommen prozedurale Gerechtigkeit), oder sie müssen sicherstellen, daß jedes Ergebnis, solange es innerhalb materieller Gerechtigkeitsvorgaben liegt, als definitiv gerecht angesehen werden kann (quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit). Indem die Anforderungen diskurstheoretisch begründet werden, kann die Diskurstheorie zur Basistheorie des demokratischen Verfassungsstaates werden. Für die verschiedenen Verfahren im Recht (Verfassunggebung, parlamentarische Gesetzgebung, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren) gelingt dies, indem die Verfahren als reale Diskurse betrachtet werden. Innerhalb der Politik kann diese Betrachtungsweise auf die Rechtspolitik ausgedehnt werden und dabei neben dem 'richtigen' Wahlkampf vor allem *Habermas* Konzept der deliberativen Politik mit diskurstheoretischen Anforderungen begleiten. Im Bereich der Wirtschaft bleibt die Leistung der Diskurstheorie indes auf die Metaebene des Wirtschaftsrechts beschränkt.

20. Eine Diskurstheorie der Gerechtigkeit, wie sie hier in Grundzügen skizziert wurde, läßt sich auch jenseits der Themenkreise, die zum Mindestgehalt einer politischen Gerechtigkeitstheorie zählen, zu einer umfassenden Theorie ausbauen. Die hier vorgestellte anthropozentrische, generationsbeschränkte, staatsbezogene und geschlechterblinde Theorie ist für Erweiterungen offen, ohne daß an den Grundzügen der Begründung nachträglich etwas geändert werden müßte.

Anhang: Definitionen, Theoreme und Prinzipien

A: Es ist wünschenswert, daß Menschen ihr Verhalten nur nach der freien Annahme von Prinzipien richten, die sie, nach genügender Reflexion und Beratung, als gültig beurteilen. (*Ninos* 'Grundnorm des moralischen Diskurses', *Alexys* 'Autonomieprinzip', S. 251)

D: Richtig und damit gültig sind genau die Normen, die in einem idealen Diskurs von jedem als richtig beurteilt werden würden. (*Alexys* 'Diskursprinzip', S. 231)

D_1: Gerechtigkeit ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit. ('Gerechtigkeit' in handlungsbezogener Definition, S. 50)

D_{1A}: Gerechtigkeit im axiologischen Sinn ist die Richtigkeit und Werthaftigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit. ('Gerechtigkeit' in axiologischer Definition, S. 55)

D_{1D}: Gerechtigkeit im deontologischen Sinn ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit. ('Gerechtigkeit' in deontologischer Definition, S. 55)

D_{1G}: Gerechtigkeit im Sinne des Prinzips minimax relativer Konzession ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit desjenigen sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns, auf das sich egoistische Nutzenmaximierer einigen würden, wenn sie sich gegenseitig die mindestens erforderlichen relativen Zugeständnisse machten. ('Gerechtigkeit' bei *Gauthier,* S. 191)

D_{1K}: Gerechtigkeit im Sinne der Theorien mit kantischer Grundposition ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit desjenigen sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns, auf das sich alle in einer Situation der Freiheit und Gleichheit einigen (würden). ('Gerechtigkeit' in kantischen Theorien, S. 199)

D_{1N}: Gerechtigkeit ist die Geltung von Gerechtigkeitsnormen. ('Gerechtigkeit' in normbezogener Definition, S. 75)

D_{1P}: Politische Gerechtigkeit ist die Geltung von Gerechtigkeitsnormen als Rechtsnormen. ('Politische Gerechtigkeit' in normbezogener Definition, S. 78)

D_{1RC}: Gerechtigkeit im Sinne der Theorien rationalen Entscheidens ist die Richtigkeit und Pflichtigkeit desjenigen sozial- und gleichheitsbezogenen Handelns, auf das sich egoistische Nutzenmaximierer einigen (würden). ('Gerechtigkeit' in Theorien rationalen Entscheidens, S. 170)

D_2: Eine Gerechtigkeitstheorie ist eine Theorie über das Anführen von Gründen für oder gegen die Behauptung der Gerechtigkeit. (Definition der 'Gerechtigkeitstheorie', S. 76)

D_2': Eine Gerechtigkeitstheorie ist eine Theorie über das Anführen von Gründen für oder gegen die Behauptung der Richtigkeit und Pflichtigkeit einer Handlungsweise in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit. ('Gerechtigkeitstheorie' in handlungsbezogener Definition, S. 77)

D_{2N}: Eine Gerechtigkeitstheorie ist eine Theorie über die Geltung von Gerechtigkeitsnormen. ('Gerechtigkeitstheorie' in normbezogener Definition, S. 77)

D_3: Prozedurale Gerechtigkeit ist diejenige Förderung der Ergebnisgerechtigkeit, die durch Verfahren erreicht wird (Verfahrensgerechtigkeit). (Definition der 'prozeduralen Gerechtigkeit', S. 119)

D_3': Prozedurale Gerechtigkeit ist diejenige Förderung der Ergebnisgerechtigkeit, die unter den Anwendungsbedingungen eines als gerechtigkeitsfördernd begründeten Verfahrens durch die korrekte Einhaltung der Verfahrensregeln erreicht wird. ('Prozedurale Gerechtigkeit' in verfahrensqualifizierender Definition, S. 121)

D_{3a}: Vollkommene prozedurale Gerechtigkeit (perfect *procedural justice)* ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren mit Sicherheit eine angemessene Annäherung an ein verfahrensunabhängig als gerecht begründetes Ergebnis bewirkt. (Definition der 'vollkommenen prozeduralen Gerechtigkeit', S. 125)

D_{3b}: Unvollkommene prozedurale Gerechtigkeit (imperfect *procedural justice)* ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren nicht mit Sicherheit eine angemessene Annäherung an ein verfahrensunabhängig als gerecht begründetes Ergebnis bewirkt. (Definition der 'unvollkommenen prozeduralen Gerechtigkeit', S. 126)

D_{3c}: Reine prozedurale Gerechtigkeit (pure *procedural justice)* ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren mit Sicherheit ein gerechtes Ergebnis bewirkt, wobei es kein verfahrensunabhängiges Kriterium für die Beurteilung der Ergebnisgerechtigkeit gibt (Definitionswirkung). (Definition der 'reinen prozeduralen Gerechtigkeit', S. 127)

D_{3d}: Quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit (quasi-pure *procedural justice)* ist diejenige prozedurale Gerechtigkeit, bei der ein Verfahren nicht mit Sicherheit ein gerechtes Ergebnis bewirkt, wobei es kein verfahrensunabhängiges Kriterium für die Beurteilung der Ergebnisgerechtigkeit gibt. (Definition der 'quasi-reinen prozeduralen Gerechtigkeit', S. 128)

D_4: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit sind Theorien, die die Behauptung der Gerechtigkeit mit Verfahren begründen. (Definition der 'prozeduralen Gerechtigkeitstheorie', S. 132)

D_4': Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit sind Theorien, die die Behauptung der Richtigkeit und Pflichtigkeit eines Handelns in bezug auf andere unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit mit Verfahren begründen. ('Prozedurale Gerechtigkeitstheorie' in handlungsbezogener Definition, S. 133)

D_{4E}: Prozedurale Gerechtigkeitserzeugungstheorien sind Theorien, nach denen die reale Erzeugung von Gerechtigkeit dadurch gefördert wird, daß man ein als gerecht begründetes Verfahren, dessen Anwendungsbedingungen vorliegen, korrekt durchführt. (Definition der 'prozeduralen Gerechtigkeitserzeugungstheorie', S. 133)

D_{4K}: Gerechtigkeitstheorien der kantischen Grundposition sind solche, nach denen eine Gerechtigkeitsnorm N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer autonomiewahrenden Prozedur P sein kann. ('Gerechtigkeitstheorien' der kantischen Grundposition, S. 199)

D_{4N}: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit sind Theorien, nach denen eine Gerechtigkeitsnorm N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur P sein kann. ('Prozedurale Gerechtigkeitstheorie' in normbezogener Definition, S. 132)

D_{4RC}: Gerechtigkeitstheorien des rationalen Entscheidens sind Gerechtigkeitstheorien, nach denen eine Gerechtigkeitsnorm N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer Prozedur P des rationalen Entscheidens sein kann. ('Gerechtigkeitstheorien' als Theorien rationalen Entscheidens, S. 170)

D_{Di}: Ein idealer praktischer Diskurs ist ein Diskurs, bei dem »unter den Bedingungen unbegrenzter Zeit, unbegrenzter Teilnehmerschaft und vollkommener Zwanglosigkeit im Wege der Herstellung vollkommener sprachlich-begrifflicher Klarheit, vollkommener empirischer Informiertheit, vollkommener Fähigkeit und Bereitschaft zum Rollentausch und vollkommener Vorurteilsfreiheit die Antwort auf eine praktische Frage gesucht wird.« (*Alexys* Definition des 'idealen praktischen Diskurses', S. 219)

D_{Dr}: Ein realer praktischer Diskurs ist ein Diskurs, bei dem unter Bedingungen, die so weit, wie es nach den Umständen angemessen ist, denen des idealen Diskurses angenähert sind, mindestens aber den Verzicht aller Beteiligten auf die absichtliche Ausübung von Zwang durch Gewalt und Drohung beinhalten, die Antwort auf eine praktische Frage gesucht wird. (Definition des 'realen praktischen Diskurses', S. 219)

D_F: Fairneß ist der Inbegriff der Verfahrensrichtigkeit bei solchen Prozeduren und ihrer Durchführung (Prozeß), die selbst richtigkeitsorientiert sind. (Definition der 'Fairneß', S. 122)

D_F': Fairneß ist genau das, was in der prozeduralen Gerechtigkeit die Förderung der Richtigkeit des Ergebnisses ausmacht. (Synonymität von 'Fairneß' und 'prozeduraler Gerechtigkeit', S. 123)

D_H: Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.« (*Habermas* 'Diskursprinzip', S. 240)

D_M: Materiale (substantielle) Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit eines Ergebnisses (Ergebnisgerechtigkeit). (Definition der 'materialen Gerechtigkeit', S. 119)

D_N: Eine Norm ist die Verbindung eines deontischen Operators (Gebot, Verbot, Erlaubnis) mit einer Handlungsweise. (Definition der 'Norm', S. 71)

D_{NG}: Eine Gerechtigkeitsnorm ist die Verbindung eines deontischen Operators (Gebot, Verbot, Erlaubnis) mit einer sozialbezogenen Handlungsweise. (Definition der 'Gerechtigkeitsnorm', S. 73)

D_P: Prozedurale Theorien sind Theorien, nach denen eine Aussage genau dann wahr oder richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur sein kann. (Definition der 'prozeduralen Theorie', S. 132)

D_R: Prozedurale Theorien praktischer Richtigkeit sind Theorien, nach denen eine normative Aussage N genau dann richtig ist, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur P sein kann. (Definition der 'prozeduralen Theorie praktischer Richtigkeit' in Anlehnung an *Alexy*, S. 132)

E: Erstens muß es in allem Tun und Lassen darum gehen, das Überleben der menschlichen Gattung als der realen Kommunikationsgemeinschaft sicherzustellen, zweitens darum, in der realen die ideale Kommunikationsgemeinschaft zu verwirklichen. Das erste Ziel ist die notwendige Bedingung des zweiten Ziels; und das zweite Ziel gibt dem ersten seinen Sinn, – den Sinn, der mit jedem Argument schon antizipiert ist. (*Apels* 'Ergänzungsprinzip', S. 236)

N_1: Jede Person hat das gleiche Recht auf das umfangreichste Gesamtsystem gleicher Grundfreiheiten, das mit einem entsprechenden Freiheitssystem für alle vereinbar ist. (*Rawls* 'Erstes Gerechtigkeitsprinzip', S. 203)

N_1': Jede Person hat einen gleichen Anspruch auf ein vollständig angemessenes System gleicher Grundrechte und Freiheiten, das mit dem gleichen System für alle verträglich ist; und in diesem System muß den gleichen politischen Freiheiten, und nur diesen Freiheiten, ihr fairer Wert garantiert werden. (*Rawls* 'Erstes Gerechtigkeitsprinzip' in der Neuformulierung, S. 210)

N_2: Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten müssen so beschaffen sein, daß sie sowohl

(a) den am wenigsten Begünstigten zum größten Vorteil gereichen, vereinbar mit dem gerechten Spargrundsatz, als auch
(b) mit Ämtern und Positionen verbunden sind, die allen unter den Bedingungen fairer Chancengleichheit offenstehen. (*Rawls* 'Zweites Gerechtigkeitsprinzip', S. 203)

N_2': Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten müssen zwei Bedingungen erfüllen:

(a) erstens müssen sie mit Positionen und Ämtern verbunden sein, die unter den Bedingungen fairer Chancengleichheit allen offen stehen;
(b) und zweitens müssen sie den am wenigsten begünstigten Mitgliedern der Gesellschaft zum größten Vorteil gereichen. (*Rawls* 'Zweites Gerechtigkeitsprinzip' in der Neuformulierung, S. 210)

N_D: Grundrecht auf Demokratie: Jeder hat das Recht auf die optimale diskursive Kontrolle der sozialen Ordnung in Form eines demokratischen Verfassungsstaates. (S. 330)

N_E: Grundsatz der menschlichen Existenzberechtigung: Im Prinzip haben Menschen ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. (S. 324)

N_F: Grundrecht auf optimierte Freiheiten: Jeder hat das Recht auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten. (S. 327)

N_G: Grundsatz der Gleichheit: Bezüglich dieser Grundsätze sind alle Menschen im Prinzip gleich. (S. 324)

N_M: Grundsatz der politischen Meinungsfreiheit: Im Prinzip haben Menschen das Recht, ihre Meinung in politischen Angelegenheiten zu äußern. (S. 324)

N_{oD}: Kein soziales Gut X sollte ungeachtet seiner Bedeutung an Männer und Frauen, die im Besitz eines anderen Gutes Y sind, einzig und allein deshalb verteilt werden, weil sie dieses Y besitzen.« (*Walzers* 'offenes Distributionsprinzip', S. 166)

N_S: Grundsatz der anthropozentrischen Souveränität: Im Prinzip haben Menschen das Recht, die Regeln der sie betreffenden sozialen Ordnung zu bestimmen. (S. 324)

R_F: Jeder hat das Recht, frei zu beurteilen, was geboten und was gut ist, und entsprechend zu handeln.« (*Alexys* 'allgemeines Freiheitsrecht', S. 253)

S: Der juristische Diskurs ist ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses.« (*Alexys* 'Sonderfallthese', S. 255)

S_{RP}: Der rechtspolitische Diskurs ist neben dem juristischen Diskurs ein weiterer Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses. (Erweiterte Sonderfallthese, S. 350)

T_{Dr}: Die Anwendungsbedingungen und Verfahrensregeln eines realen Diskurses müssen so weit, wie nach den Umständen angemessen, der regulativen Idee eines Diskurses unter idealen Bedingungen angeglichen werden. (Theorem über den realen Diskurs, S. 221)

T_K: Die Handlung X einer Person P ist genau dann richtig, wenn sie sich für alle als richtig erweist. (Theorem über das Universalitäts-Axiom der kantischen Grundposition, S. 198)

T_{Ko}: Im Diskurs begründet ist eine Behauptung genau dann, wenn sie von allen Diskursteilnehmern als richtig beurteilt wird (Konsens). (Theorem über den Konsens, S. 230)

T_L: Wer sein ganzes Leben lang keine Behauptung [im starken Sinne] aufstellt und keine Begründung [unter Anerkennung von Gleichberechtigung, Zwanglosigkeit und Universalität] gibt, nimmt nicht an der allgemeinsten Lebensform des Menschen teil.« (*Alexys* empirische Prämisse über die Teilnahme an der allgemeinsten Lebensform des Menschen, S. 248)

T_N: Eine Handlung ist richtig, wenn sie die beiden universellen Prinzipien der Unparteilichkeit und der vernünftigen Parteilichkeit so zum Ausgleich bringt, daß niemand einwenden kann, seine Interessen seien nicht mit hinreichendem Gewicht berücksichtigt oder es würden übermäßige Opfer von ihm verlangt. (*Nagel*-Kriterium, S. 214)

T_R: Der Richtigkeit – verstanden als universelle Richtigkeit für alle unter Einschluß sämtlicher pragmatischen, ethischen und moralischen Gründe – kann man sich nur in Diskursen vergewissern. (Theorem der Diskurstheorie als Theorie der praktischen Richtigkeit, S. 250)

T_R': Man kann sich der Richtigkeit nur im Diskurs vergewissern. (Kurzform von T_R, S. 250)

T_{RC}: Die Handlung X einer Person P ist genau dann richtig, wenn sie sich bei Abwägung aller Vor- und Nachteile für P als die vorteilhafteste darstellt. (Theorem über das Eigennutz-Axiom der hobbesianischen Grundposition, S. 169)

T_S: Eine Handlung ist falsch, wenn ihre Ausführung unter den Umständen von jedem Regelsystem zur Verhaltensregelung verboten würde, das niemand vernünftigerweise als Grundlage einer informierten, unerzwungenen, allgemeinen Vereinbarung zurückweisen könnte. (*Scanlon*-Kriterium, S. 211)

U: Jede gültige Norm muß der Bedingung genügen, daß die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus ihrer allgemeinen Befolgung für die Befriedigung der Interessen jedes einzelnen voraussichtlich ergeben, von allen Betroffenen zwanglos akzeptiert werden können.« (*Habermas* 'Universalisierungsprinzip', S. 239)

U_h: Handle nur nach einer Maxime, von der du, aufgrund realer Verständigung mit den Betroffenen bzw. ihren Anwälten oder – ersatzweise – aufgrund eines entsprechenden Gedankenexperiments, unterstellen kannst, daß die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus ihrer allgemeinen Befolgung für die Befriedigung der Interessen jedes einzelnen Betroffenen voraussichtlich ergeben, in einem realen Diskurs von allen Betroffenen zwanglos akzeptiert werden können.« (*Apels* 'Universalisierungsprinzip', S. 235)

U_h': Handle (stets) so, als ob du Mitglied einer idealen Kommunikationsgemeinschaft wärest! (*Apels* 'Universalisierungsprinzip' in der Neuformulierung von *Pieper*, S. 236)

Literaturverzeichnis

Aarnio, Aulis: Zur Legitimation des Rechts. Ein begrifflicher Überblick, in: Rechtstheorie 20 (1989), S. 143-151.

– */Alexy, Robert/Peczenik, Aleksander:* Grundlagen der juristischen Argumentation, in: W. Krawietz/R. Alexy (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation (1983), S. 9-87.

Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner (Hrsg.): Legitimation des modernen Staates, ARSP Beiheft 15, Wiesbaden 1981.

Ackerman, Bruce: Social Justice in the Liberal State, New Haven/London 1980.

– We The People, Band 1: Foundations, Cambridge/London 1991.

Albert, Hans: Die Wissenschaft und die Fehlbarkeit der Vernunft, Tübingen 1982.

– Traktat über die kritische Vernunft, 5. Aufl. Tübingen 1991.

Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a.M. 1978.

– Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, Vortrag, gehalten 1979 in Helsinki, Erstveröffentlichung 1981; zitiert mit dem Jahr des Vortrags nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 94-108.

– Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.

– Rechtssystem und praktische Vernunft, in: Rechtstheorie 18 (1987), S. 405-419.

– Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft (1989), S. 95-107.

– Probleme der Diskurstheorie, zitiert mit dem Jahr der Erstveröffentlichung (1989) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 109-126.

– */Dreier, Ralf:* The Concept of Jurisprudence, in: Ratio Juris 3 (1990), S. 1-13.

– Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, unveränderte 2. Aufl. mit Nachwort: Antwort auf einige Kritiker, Frankfurt a.M. 1991.

– Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems, in: ders./R. Dreier/U. Neumann (Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute (1991), S. 30-44.

– */Dreier, Ralf/Neumann, Ulf* (Hrsg.): Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung, ARSP Beiheft 44, Stuttgart 1991.

– Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg i.Br./München 1992.

– Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft, in: ders./R. Dreier (Hrsg.), Rechtssystem und praktische Vernunft (1993), S. 11-29.

– */Dreier, Ralf* (Hrsg.): Rechtssystem und praktische Vernunft, ARSP Beiheft 51, Stuttgart 1993.

– Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Vortrag vom 17. April 1993 vor der Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, Göttingen 1993.
– Normbegründung und Normanwendung, Erstveröffentlichung in: Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz, hrsgg. v. A. Aarnio/S.L. Paulson/O. Weinberger/G.H. v. Wright/D. Wyduckel (1993); zitiert mit dem Jahr der Erstveröffentlichung nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 52-70.
– Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas´ Procedural Paradigm of the Law, in: Ratio Juris 7 (1994), S. 227-238.
– Diskurstheorie und Menschenrechte, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 127-164.
– Vorwort, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs (1995), S. 7-10.
– Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1995.
– Grundgesetz und Diskurstheorie, in: W. Brugger (Hrsg.), Legitimation des Grundgesetzes (1996), S. 343-360.
– Discourse Theory and Human Rights, in: Ratio Juris 9 (1996), S. 209-235.
– John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten, in: W. Hinsch (Hrsg.), Zur Idee des politischen Liberalismus (1997), S. 263-303.
– Gerechtigkeit als Richtigkeit, zitiert nach dem dem bisher unveröffentlichten deutschen Original mit der Jahreszahl und den Seitenzahlen der italienischen Erstveröffentlichung in: Ragion pratica 9 (1997), S. 103-113.
– Law and Correctness, in: Freeman 51 (1998), S. 205-221.
– Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte (1998), S. 244-264.

Allen, Sir Carleton K.: Aspects of Justice, London 1958.

Apel, Karl-Otto: Transformation der Philosophie, Band 1: Sprachanalytik, Semiotik, Hermeneutik, Band 2: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft, Frankfurt a.M. 1973.
– Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit 'aufgehoben' werden? Das geschichtsbezogene Anwendungsproblem der Diskursethik zwischen Utopie und Regression, in: W. Kuhlmann (Hrsg.), Moralität und Sittlichkeit (1986), S. 217-264.
– Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral, Frankfurt a.M. 1988.
– Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?, in: ders./M. Kettner, Anwendung der Diskursethik (1992), S. 29-61.
– */Kettner, Matthias* (Hrsg.): Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft, Frankfurt a.M. 1992.
– Die Vernunftfunktion der kommunikativen Rationalität. Zum Verhältnis von konsensual-kommunikativer Rationalität, strategischer Rationalität und Systemrationalität, in: ders./M. Kettner, Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten (1996), S. 17-41.

– */Kettner, Matthias* (Hrsg.): Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten, Frankfurt a.M. 1996.

Aquin; siehe Thomas von Aquin.

Arens, Edmund: Der Beitrag der Diskurstheorie zur universalen Begründung der Menschenrechte, in: Johannes Hoffmann (Hrsg.), Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen, Frankfurt a.M. 1991, S. 57-73.

Aristoteles: Nikomachische Ethik, 4. Jhdt. v. Chr., zitiert mit Buch, Kapitel (Seite, Zeile) nach der Gesamtausgabe 1.) übers. v. Franz Dirlmeier, Werke in deutscher Übersetzung, hrsgg. v. Ernst Grumach, Band 6, 2. Aufl. Berlin 1960; sowie 2.) übers. u. hrsgg. v. Olof Gigon, München 1991; Übersetzung bei inhaltlichen Unterschieden jeweils gekennzeichnet.

Arneson, Richard J.: Rational Contractarianism, Corrective Justice, and Tort Law, in: Harvard Journal of Law and Public Policy 15 (1992), S. 889-915.

Arrow, Kenneth J.: Social Choice and Individual Values, New York 1951.

Austin, John L.: Zur Theorie der Sprechakte, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1962) nach der deutschen Bearbeitung durch Eike von Savigny (Hrsg.), Stuttgart 1972.

Axelrod, Robert/Hamilton, William D.: The Evolution of Cooperation, in: Science 211 (1981), S. 1390-1396.

Ayer, Alfred J.: Sprache, Wahrheit und Logik, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1947) nach der deutschen Übersetzung von Herbert Herring, Stuttgart 1970.

Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1996.

Baier, Kurt: Der Standpunkt der Moral, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1958) nach der deutschen Übersetzung von Rainer von Savigny, Düsseldorf 1974.

Bakunin, Michail A.: Staatlichkeit und Anarchie, zitiert mit der Jahreszahl und Paginierung der Originalausgabe (1873) mit dem Text der deutschen Erstübersetzung eines 'Autorenkollektivs', hrsgg. v. E.J. Brill, Leiden 1967.

Ballestrem, Karl G.: Methodische Probleme in Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, in: Otfried Höffe (Hrsg.), Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit (1977), S. 108-127.

Barry, Brian: Political Argument, London 1965.
– The Liberal Theory of Justice. A Critical Examination of the Principal Doctrines in *A Theory of Justice* by John Rawls, Oxford 1973.
– Theories of Justice. A Treatise on Social Justice, Band 1, Berkeley 1989.
– Justice as Impartiality. A Treatise on Social Justice, Band 2, Oxford 1995.

Battis, Ulrich: Systemgerechtigkeit, in: Hamburg, Deutschland, Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, hrsgg. v. Rolf Stödter/Werner Thieme, Tübingen 1977, S. 11-30.

Bauer, Barbara: Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie. Zur Rolle internationaler Organisationen im weltweiten Demokratisierungsprozeß, Frankfurt a.M./Berlin u.a. 1998.

Bausch, Thomas: Ungleichheit und Gerechtigkeit. Eine kritische Reflexion des Rawlsschen Unterschiedsprinzips in diskursethischer Perspektive, Berlin 1993.

Beck-Mannagetta, Margarethe: Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre, in: dies./H. Böhm/G. Graf (Hrsg.), FS Mayer-Maly (1996), S. 73-80.

– *dies./Böhm, Helmut/Graf, Georg* (Hrsg.): Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, Festschrift für Theo Mayer-Maly, Wien/New York 1996.

Behrends, Okko/Dießelhorst, Malte/Dreier, Ralf (Hrsg.): Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1989.

Behrends, Okko/ Dießelhorst, Malte/Voss, Wulf E. (Hrsg.): Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker, Ebelsbach 1985.

Behrends, Okko/Knütel, Rold/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans H. (Hrsg.): Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Band I: Institutionen, Heidelberg 1990; Band II: Digesten 1-10, Heidelberg 1995.

Benhabib, Seyla: The Methodological Illusions of Modern Political Theory: The Case of Rawls and Habermas, in: Neue Hefte für Philosophie 21 (1982), S. 47-74.

– Der verallgemeinerte und der konkrete Andere. Ansätze zu einer feministischen Moraltheorie, in: E. List/H. Studer (Hrsg.), Denkverhältnisse (1989), S. 454-487.

Bentham, Jeremy: A Fragment of Government; or a Comment on the Commentaries: Being an Examination of What is Delivered on the Subject of Government in General, in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries. With a Preface, in Which is Given a Critique on the Work at Large (1776), in: John Bowring (Hrsg.), The Works of Jeremy Bentham, Band I, New York 1962, S. 221-295.

– Anarchichal Fallacies: Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution (1820), in: John Bowring (Hrsg.), The Works of Jeremy Bentham, Band II, New York 1962, S. 489-534.

– Codification Proposal, Addressed by Jeremy Bentham to All Nations Professing Liberal Opinions (1822), in: John Bowring (Hrsg.), The Works of Jeremy Bentham, Band IV, New York 1962, S. 537-594.

– The Constitutional Code (1827), in: John Bowring (Hrsg.), The Works of Jeremy Bentham, Band IX, New York 1962, S. 1-647.

Berkemann, Jörg: Fairneß als Rechtsprinzip, in: JR 1989, S. 221-228.

Berlin, Isaiah: Four Essays on Liberty, Oxford u.a. 1969.

– Historical ievitability. Auguste Comte Memorial Trust Lecture, gehalten 1953 in Oxford, Erstveröffentlichung 1954; zitiert mit dem Jahr des Vortrags nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Four Essays on Liberty (1969), S. 41-117.

Bessette, Joseph M.: The Majority Principle in Republican Government, in: R.A. Goldwin/W.A. Schambra (Hrsg.), How Democratic is the Constitution? (1980), S. 102-116.

Bierhoff, Hans W.: Sozialpsychologische Theorien der Gerechtigkeit, in: A. Reifferscheid (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Neuwied Jan. 1996, Nr. 3/230, S. 1-10.

Blümel, Wolfgang/Pethig, Rüdiger/Hagen, Oskar von dem: The Theory of Public Goods: A Survey of Recent Issues, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics – vormals: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 142 (1986), S. 241-309.

Bodin, Jean: Sechs Bücher über den Staat, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1583) nach der deutschen Übersetzung von Bernd Wimmer, hrsgg. v. Peter C. Mayer-Tasch, Band 1: Bücher I-III, München 1981.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a.M. 1976.
– Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, in: *ders.,* Staat, Gesellschaft, Freiheit (1976), S. 42-64.
– Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, Frankfurt a.M. 1986.
– Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1989), S. 95.

Böhm, Monika: Der Normmensch. Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen, Tübingen 1996.

Borowski, Martin: Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte, Baden-Baden 1998.

Braithwaite, Richard B.: Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher, Cambridge 1955.

Brandt, Richard B.: Ethical Theory. The Problems of Normative and Critical Ethics, Englewood Cliffs (New Jersey) 1959.
– (Hrsg.), Social Justice, Englewood Cliffs (New Jersey), 1962.
– The Concept of Rationality in Ethical and Political Theory, in: J.R. Pennock/J.W. Chapman (Hrsg.), Human Nature and Politics (1977), S. 265-279.

Braun, Edmund: Der Paradigmenwechsel in der Sprachphilosophie. Studien und Texte, Darmstadt 1996.

Brittan, Samuel: The Role and Limits of Government. Essays in Political Economy, Minneapolis 1983.

Brugger, Winfried (Hrsg.): Gesetz, Recht, Gerechtigkeit, in: JZ 1989, S. 1-10, 61-67.
– Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 1996.
– Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, Baden-Baden 1997.

– Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, in: AöR 123 (1998), S. 337-374.

Brumlik, Micha: Gerechtigkeit zwischen Generationen, Berlin 1995.

Brunkhorst, Hauke: Demokratie als Solidarität unter Fremden. Universalismus, Kommunitarismus, Liberalismus, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 36/96, S. 21-28.

– Die Kontingenz des Staates, in: W. Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997), S. 225-242.

Brunner, Emil: Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürich 1943.

Bruns, Hans-Jürgen: Über Strafrahmen, in: Wolfgang Frisch/Werner Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, Köln u.a. 1978, S. 141-164.

– Der »Bestimmtheitsgrad« der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht, in: NJW 1979, S. 289-292.

– Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, 2. Aufl. Köln u.a. 1985.

Bryde, Brun-Otto: Geheimgesetzgebung: Zum Zustandekommen des Justizmitteilungsgesetzes und Gesetzes zur Änderung kostenrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze, in: JZ 1998, S. 115-120.

Buchanan, James M.: The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan, Chicago/London 1975.

– */Tullock, Gordon:* The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor 1962.

Buchwald, Delf: Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juridischen Vernunft, Baden-Baden 1990.

Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982.

– Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, Wien/New York 1988.

– Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab kraft Sach- und Systemzusammenhangs, in: M. Beck-Mannagetta u.a. (Hrsg.), FS Mayer-Maly (1996), S. 107-162.

Calliess, Gralf-Peter: Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht. Vortrag vom 2. Juli 1993 vor der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1997.

Chwaszscza, Christine: Politische Ethik II: Ethik der Internationalen Beziehungen, in: J. Nida-Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik (1996), S. 154-198.

Cicero, Marcus T.: Von den Grenzen im Guten und Bösen, De Finibus Bonorum et Malorum, zitiert nach Buch (1-5) und Paragraph, Artemis-Ausgabe hrsgg. v. Karl Hoenn, übers. v. Karl Atzert, Stuttgart 1964.

– Über den Staat, De re publica, zitiert nach Abschnitt und Paragraph, übers. v. Walther Sontheimer, Stuttgart 1980.

Cohen, Joshua: On Justice, New York 1980.

– Deliberation and Democratic Legitimacy, in: A. Hamlin/P. Pettit (Hrsg.), Good Polity (1989), S. 17-34.

Coleman, Jules L.: Risks and Wrongs, Cambridge 1992.

Collins, Patricia H.: Comment on Hekman's 'Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited': Where's the Power?, in: Signs: Journal of Women in Culture and Society 22 (1997), S. 375-381.

Condorcet, Marie J.A.N.C, Marquis de: Essay sur l'Application de l'Analyse la Probabilité des Décisions Rendues la Pluralité des Voix, Paris 1785.

Cortina, Adela: Diskursethik und Menschenrechte, in: ARSP 76 (1990), S. 37-49.

– Diskursethik und partizipatorische Demokratie, in: A. Dorschel/M. Kettner u.a. (Hrsg.), Transzendentalpragmatik (1993), S. 238-256.

Crowe, Michael B.: St. Thomas and Ulpian's Natural Law, in: Armand A. Maurer/Etienne Gilson u.a. (Hrsg.), Thomas Aquinas 1274-1974 Commemorative Studies, Band 1, Toronto 1974, S. 261-282.

Deckert, Martina R.: Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995.

Del Vecchio, Giorgio: Die Gerechtigkeit, 2. Aufl. Basel 1950.

Derrida, Jacques: Force de loi: Le 'fondement mystique de l'autorité', in: Cardozo Law Review 11 (1990), S. 919-1045.

Dewey, John: The Public and its Problems, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1927) nach dem Neudruck, Chicago 1954.

Dießelhorst, Malte: Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians in D. 1,1,10, pr. und die Praecepta iuris nach D. 1,1,10,1 sowie ihre Rezeption bei Leibniz und Kant, in: O. Behrends/M. Dießelhorst/W.E. Voss (Hrsg.), Römisches Recht in der europäischen Tradition (1985), S. 185-211.

Dig., zitiert nach Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis (1995).

Donnelly, Jack: Universal Human Rights in Theory and Practice, Ithaca/London 1989.

Dorschel, Andreas/Kettner, Matthias/Kuhlmann, Wolfgang/Niquet, Marcel (Hrsg.): Transzendentalpragmatik. Ein Symposion für Karl-Otto Apel, Frankfurt a.M. 1993.

Dreher, Eduard: Über die gerechte Strafe. Eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis, Heidelberg 1947.

Dreier, Horst: Staatliche Legitimation, Grundgesetz und neue soziale Bewegung, in: J. Marko/A. Stolz (Hrsg.), Demokratie und Wirtschaft (1987), S. 139-185.

– Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille. Die Theorie der amerikanischen Federalists im Vergleich mit der Staatsphilosophie Kants, in: AöR 113 (1988), S. 450-483.

– Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. Baden-Baden 1990.

– Die Ethik des Rechts, in: Günter Eifler/Otto Saame (Hrsg.), Wissenschaft und Ethik, Mainz 1992, S. 24-58.

– Gesellschaft, Recht, Moral, in: Universitas 48 (1993), S. 247-257.

– Rechtsethik und staatliche Legitimität, in: Universitas 48 (1993), S. 377-390.

– Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, in: JZ 1994, S. 741-752.
– (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I: Artikel 1-19, Tübingen 1996; zitiert nach Artikel und Randnummer.
– Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: JZ 1997, S. 421-434.
– (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band II: Artikel 20-82, Tübingen 1998; zitiert nach Artikel und Randnummer.

Dreier, James: Rational Preference: Decision Theory as a Theory of Practical Rationality, in: Theory and Decision 40 (1996), S. 249-276.

Dreier, Ralf: Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, überarbeitete Antrittsvorlesung, gehalten am 12. Juni 1974 vor der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, in: *ders.,* Recht - Moral - Ideologie, S. 17-47.
– Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, in: Rechtstheorie 5 (1974), S. 189-200.
– Recht - Moral - Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt a.M. 1981.
– Der Begriff des Rechts, überarbeiteter und durch einen Nachtrag ergänzter Vortrag vom 6. September 1984, in: *ders.,* Recht – Staat – Vernunft (1991), S. 95-119.
– Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht, überarbeiteter und durch einen Nachtrag ergänzter Vortrag vom 17. Oktober 1986, in: *ders.,* Recht – Staat – Vernunft (1991), S. 168-198.
– Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft (1989), S. 17-34.
– Recht und Gerechtigkeit, überarbeitete Fassung früherer gleichlautender Publikationen, in: *ders.,* Recht - Staat - Vernunft (1991), S. 8-38.
– Recht - Staat - Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt a.M. 1991.
– Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: Volkmar Schöneburg (Hrsg.), Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie, Festschrift für Hermann Klenner, Frankfurt a.M./Berlin u.a. 1992, S. 15-28.

Dürr, David: Diskursives Recht. Zur theoretischen Grundlegung rechtlicher Einflussnahme auf überindividuelle Konflikte, Zürich 1994.

Dürrenmatt, Friedrich: Monstervortrag über Gerechtigkeit, 1969.

Duxbury, Neil: Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making, Oxford 1999.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously, Cambridge 1977.
– Law's Empire, Cambridge 1986.

Edmundson, William A.: Is Law Coercive?, in: Legal Theory 1 (1995), S. 81-111.

Elster, Jon: Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens, New York 1992.

Emmenegger, Susan: Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Freiburg i. Ue. 1999.
– */Tschentscher, Axel:* Taking Nature's Rights Seriously. The Long Way to Biocentrism in Environmental Law, in: Georgetown International Environmental Law Review 6 (1994), S. 545-592.

Engisch, Karl: Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie, München 1971.

Engländer, Armin: Zur begrifflichen Möglichkeit des Rechtspositivimus. Eine Kritik des Richtigkeitsarguments von Robert Alexy, in: Rechtstheorie 28 (1997), S. 437-485.

Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.

– Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970.

Faller, Hans J./Kirchhof, Paul/Träger, Ernst (Hrsg.): Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung, Festschrift für Willi Geiger, Tübingen 1989.

Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV: Dogmatischer Teil, Tübingen 1977.

Finer, Samuel E.: The History of Government From the Earliest Times, Band I (S. 1-610): Ancient Monarchies and Empires; Band II (S. 611-1061): The Intermediate Ages; Band III (S. 1062-1701): Empires, Monarchies, and the Modern State, Oxford 1997.

Finnis, John: Natural Law and Natural Rights, Oxford 1980.

Fishkin, James S.: Justice and Rationality: Some Objections to the Central Argument in Rawls's Theory, in: American Political Science Review 69 (1975), S. 615-629.

– Democracy and Deliberation. New Directions for Democratic Reform, New Haven/London 1991.

– The Dialogue of Justice. Toward a Self-Reflective Society, New Haven/London 1992.

– The Voice of the People. Public Opinion and Democracy, New Haven/London 1995.

Fisk, Milton: Justice and Universality, in: J.P Sterba (Hrsg.), Morality and Social Justice (1995), S. 221-244.

Fleiner, Thomas/Gaudard, Gaston u.a. (Hrsg.): La Justice. Gerechtigkeit, Fribourg 1977.

Foriers, Paul: Les Antinomies en Droit, in: C. Perelman (Hrsg.), Les Antinomies en Droit (1965), S. 20-38.

Forst, Rainer: Kommunitarismus und Liberalismus - Stationen einer Debatte, in: A. Honneth u.a. (Hrsg.), Kommunitarismus (1993), S. 181-212.

– Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus, Frankfurt a.M. 1994.

Franck, Thomas M.: The Power of Legitimacy Among Nations, Oxford 1990.

Frankena, William K.: The Concept of Social Justice, in: R.B. Brandt (Hrsg.), Social Justice (1962), S. 1-29.

Frey, Bruno S.: Artikel: außermarktliche Ökonomie, in: Gabler Wirtschafts-Lexikon, 14. Aufl. Wiesbaden 1997, Band 1, S. 362-367.

Frisch, Wolfgang: Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung, Köln u.a. 1971.

Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, Berlin/New York 1987.

Fukuyama, Francis: The End of History?, in: The National Interest, Nr. 16 (1989), S. 3-18.

– The End of History and the Last Man, New York 1992.

Gadamer, Hans-Georg: Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen 1960.

– Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1967) nach dem Neuabdruck in: J. Habermas/D. Henrich/J. Taubes (Hrsg.), Hermeneutik und Ideologiekritik (1971), S. 57-82.

– Replik, in: J. Habermas/D. Henrich/J. Taubes (Hrsg.), Hermeneutik und Ideologiekritik (1971), S. 283-317.

Gauthier, David P.: The Social Contract as Ideology, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1977) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Moral Dealing, S. 325-354.

– On the Refutation of Utilitarianism, in: H.B. Miller/W.H. Williams (Hrsg.), The Limits of Utilitarianism (1982), S. 144-163.

– Bargaining and Justice, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1985) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Moral Dealing, S. 187-206.

– Morals by Agreement, Oxford 1986.

– Moral Dealing. Contracts, Ethics and Reason, Ithaca 1990.

Geiger, Theodor: Über Moral und Recht. Streitgespräch mit Uppsala, Berlin 1979.

Gert, Bernard: Die moralischen Regeln. Eine neue rationale Begründung der Moral, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1966) nach der deutschen Übersetzung von Walter Rosenthal, Frankfurt a.M. 1983.

Gewirth, Alan: Political Justice, in: R.B. Brandt (Hrsg.), Social Justice (1962), S. 119-169.

Goerlich, Helmut: Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1981.

Goldwin, Robert A./Schambra, William A. (Hrsg.): How Democratic is the Constitution?, Lanham/London 1980.

Gosepath, Stefan/Lohmann, Georg (Hrsg.): Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1998.

Gould, Carol C.: Comments on Reconciling Conceptions of Justice, in: J.P. Sterba (Hrsg.), Morality and Social Justice (1995), S. 53-57.

Gove, Philip B. (Hrsg.): Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Unabridged, Springfield 1986, zitiert: '*Webster's Third New International Dictionary*'.

Gril, Peter: Alexys Version einer transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas, in: ARSP 83 (1997), S. 206-216.

– Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus der Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy, Berlin 1998.

Grisez, Germain: Beyond the New Theism. A Philosophy of Religions, Indiana 1975.

– The Way of the Lord Jesus, Band 1: Christian Moral Principles, Chicago 1983.

Gronke, Horst: Apel versus Habermas: Zur Architektonik der Diskursethik, in: A. Dorschel/M. Kettner u.a. (Hrsg.), Transzendentalpragmatik (1993), S. 273-296.

Günther, Klaus: Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? Otfried Höffes Beitrag zum Neo-Naturrecht, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1991) nach dem Neuabdruck in: W. Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997), S. 186-224.

– Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt a.M. 1988.

Güth, Werner: Artikel: Spieltheorie, in: Gabler Wirtschafts-Lexikon, 14. Aufl. Wiesbaden 1997, Band 4, S. 3512.

Gusy, Christoph: Die 'freiheitliche demokratische Grundordnung' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 105 (1980), S. 279-310.

Gutman, Amy: Die kommunitaristischen Kritiker des Liberalismus, in: A. Honneth u.a. (Hrsg.), Kommunitarismus (1993), S. 68-83.

Haba, Enrique P.: Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der 'heiligen (Rede-)Familie', in: Rechtstheorie 27 (1996), S. 277-327.

Habermas, Jürgen: Der Universalitätsanspruch in der Hermeneutik, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1970) nach dem Neuabdruck in: ders./D. Henrich/J. Taubes (Hrsg.), Hermeneutik und Ideologiekritik (1971), S. 120-159.

– Zu Gadamers 'Wahrheit und Methode', in: ders./D. Henrich/J. Taubes (Hrsg.), Hermeneutik und Ideologiekritik (1971), S. 45-56.

– */Henrich, Dieter/Taubes, Jacob (Hrsg.):* Hermeneutik und Ideologiekritik, Frankfurt a.M. 1971.

– Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung; Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt a.M. 1981.

– Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a.M. 1983.

– Über Moralität und Sittlichkeit – Was macht eine Lebensform 'rational'?, in: H. Schnädelbach (Hrsg.), Rationalität (1984), S. 218-235.

– Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen, Frankfurt a.M. 1985.

– Eintritt in die Postmoderne: Nietzsche als Drehscheibe, in: *ders.*, Der philosophische Diskurs der Moderne (1985), S. 104-129.

– Was macht eine Lebensform rational? Vortrag vom Oktober 1982, in: *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 31-48.

– Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?, in: W. Kuhlmann (Hrsg.), Moralität und Sittlichkeit (1986), S. 16-37.
– Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft, Vortrag vom September 1988, in: *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik (1991), S. 100-118.
– Volkssouveränität als Verfahren, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1989) nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Faktizität und Geltung (1992), S. 600-631.
– Otfried Höffes politische Fundamentalphilosophie, in: Politische Vierteljahresschrift 30 (1989), S. 320-327.
– Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt a.M. 1991.
– Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992.
– Faktizität und Geltung, ergänzt um ein Nachwort, 4. Aufl. Frankfurt a.M. 1994.

Hain, Karl-Eberhard: Diskurstheorie und Menschenrechte. Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Der Staat 40 (2001), S. 193-219.

Hall, Everett W.: Justice as Fairness: A Modernized Version of the Social Contract, in: The Journal of Philosophy 54 (1957), S. 653-662.

Hamlin, Alan: Liberty, Contract and the State, in: ders./P. Pettit (Hrsg.), Good Polity (1989), S. 87-101.
– */Pettit, Philip:* The Normative Analysis of the State: Some Preliminaries, in: dies. (Hrsg.), Good Politiy (1989), S. 1-13.
– (Hrsg.), The Good Polity. Normative Analysis of the State, New York 1989.

Hardin, Garret J.: The Tragedy of the Commons, in: Science 162 (1968), S. 1243-1248.

Harding, Sandra: Comment on Hekman's 'Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited': Whose Standpoint Needs the Regimes of Truth and Reality?, in: Signs: Journal of Women in Culture and Society 22 (1997), S. 382-391.

Hare, Richard M.: Die Sprache der Moral, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1952) nach der Übersetzung von Petra von Morstein, Frankfurt a.M. 1972.
– Freedom and Reason, Oxford 1963.
– Ethical Theory and Utilitarianism, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1976) nach dem Neuabdruck in: A.K Sen/B.A.O. Williams (Hrsg.), Utilitarianism and Beyond (1982), S. 23-38.
– Rawls' Theory of Justice, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1973) nach dem Neuabdruck in: N. Daniels (Hrsg.), Reading Rawls (1989), S. 81-107.
– Moralisches Denken: seine Ebenen, seine Methode, sein Witz, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1981) nach der Übersetzung von Christoph Fehige und Georg Meggle, Frankfurt a.M. 1992.

Harsanyi, John C.: Advances in Understanding Rational Behavior, in: *ders.*, Essays on Ethics, Social Behavior, and Scientific Explanation (1976), S. 89-117.
– Essays on Ethics, Social Behavior, and Scientific Explanation, Dordrecht 1976.

– Morality and the Theory of Rational Behaviour, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1977) nach dem Neuabdruck in: A.K Sen/B.A.O. Williams (Hrsg.), Utilitarianism and Beyond (1982), S. 39-62.
– Rule Utilitarianism, Rights, Obligations and the Theory of Rational Behavior, in: Theory and Decision 12 (1980), S. 115-133.
– Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situation, New York 1982.

Hart, Herbert L.A.: Are There Any Natural Rights?, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1955) nach dem Neuabdruck in: J. Waldron (Hrsg.), Theories of Rights, Oxford 1984, S. 77-90.
– Positivism and the Separation of Law and Morals, in: Harvard Law Review 71 (1958), S. 593-629.
– The Concept of Law, Oxford 1961.

Haug, Hans: Die Schranken der Verfassungsrevision. Das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen verfassunggebenden Gewalt, Zürich 1946.

Hayek, Friedrich A.: Studies in Philosophy, Politics and Economics, London 1967.
– The Confusion of Language in Political Thought, englische Fassung einer Rede in Freiburg i.Br. im Jahr 1967, in: *ders.,* New Studies in Philosophy (1978), S. 71-97.
– The Primacy of the Abstract, englische Fassung einer Rede in Alpbach vom 7. Juni 1968, in: *ders.,* New Studies in Philosophy (1978), S. 35-49.
– The Errors in Constructivism, überarbeitete englische Fassung einer Rede in Salzburg am 27. Januar 1970, in: *ders.,* New Studies in Philosophy (1978), S. 3-22.
– Law, Legislation and Liberty, Band I: Rules and Order, London 1973.
– Liberalism, englische Originalfassung des Artikels für die italienische *Enciclopedia del Novicento* (1973), in: *ders.,* New Studies in Philosophy (1978), S. 114-151.
– Law, Legislation and Liberty, Band II: The Mirage of Social Justice, London 1976.
– New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas, London 1978.
– The Rules of Morality are not the Conclusions of Our Reason, in: G. Radnitzky, Centripetal Forces (1987), S. 227-235.

Heermann, Peter W.: Ringtausch, Tauschringe und multilaterales Bartering, in: JZ 1999, S. 183-187.

Heidegger, Martin: Sein und Zeit, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1927) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Gesamtausgabe, hrsgg. v. Friedrich-Wilhelm von Herrmann, Band 2, Frankfurt a.M. 1977.

Heidorn, Joachim: Legitimität und Regierbarkeit. Studien zu den Legitimitätstheorien von Max Weber, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas und der Unregierbarkeitsforschung, Berlin 1982.

Hekman, Susan: Truth and Method: Feminist Standpoint Theory Revisited, in: Signs: Journal of Women in Culture and Society 22 (1997), S. 341-366.

Held, Virginia: Non-contractual Society: A Feminist View, in: Marsha Hanan/Kai Nielsen (Hrsg.), Science, Morality and Feminist Theory, Canadian Journal of Philosophy 13 (1987), Supplementary Volume, S. 111-137.

Henke, Wilhelm: Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes, Stuttgart 1957.
– Juristische Systematik der Grundrechte, in: DÖV 1994, S. 1-11.

Henkel, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, München/Berlin 1964.

Heun, Werner: Artikel 3 GG, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (1996).

Hilgendorf, Eric: Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, Berlin 1991.
– Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln, in: Rechtstheorie 27 (1995), S. 183-200.
– Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht. Entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, Berlin 1998.

Hinkmann, Jens: Philosophische Argumente für und wider die Universalität der Menschenrechte, Marburg 1996.

Hinsch, Wilfried (Hrsg.), Zur Idee des politischen Liberalismus. John Rawls in der Diskussion, Frankfurt a.M. 1997.

Hittinger, Russell: A Critique of the New Natural Law Theory, Indiana 1987.

Hobbes, Thomas: Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III, De Cive. Elementorum Philosophiae Sectio Tertia, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1642) nach der Übersetzung von Max Frischeisen-Köhler/Günter Gawlick, hrsgg. v. Günter Gawlick, 3. Aufl. Hamburg 1994.
– Leviathan, or the Matter, Forme , & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill, London 1651.

Höffe, Otfried (Hrsg.): Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1977.
– Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a.M. 1987.
– Artikel: Naturrecht, in: Staatslexikon. Recht-Wirtschaft-Gesellschaft, hrsgg. v. d. Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg-Basel-Wien 1987, 3. Band, Sp. 1298.
– Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik, Stuttgart 1988.
– Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, Frankfurt a.M. 1990.
– Transzendentale Interessen: Zur Anthropologie der Menschenrechte, in: Paul-Henry Steinauer (Hrsg.), Das Menschenbild im Recht, Fribourg 1990, S. 251-264.
– Gerechtigkeit als Tausch? Zum politischen Projekt der Moderne, Baden-Baden 1991.
– Moral als Preis der Moderne. Ein Versuch über Wissenschaft, Technik und Umwelt, Frankfurt a.M. 1993.

– Ragione pubblica o ragione politica? A proposito di Rawls II, in: G. Dalle Fratte (Hrsg.), Concezioni del bene e theoria della giustizia (1995), S. 43-53.
– Erwiderung, in: W. Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997), S. 331-356.

Hoffmann, Roland: Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, Paderborn/München u.a. 1992.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Wahrheit, Gerechtigkeit, Unabhängigkeit und Effizienz – das Magische Viereck der Dritten Gewalt?, in: JZ 1997, S. 1-8.

Hofmann, Hasso: Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, Berlin 1977.

Homann, Karl: Rationalität und Demokratie, Tübingen 1988.

Honneth, Axel: Diskursethik und implizites Gerechtigkeitskonzept. Eine Diskussionsbemerkung, in: W. Kuhlmann (Hrsg.), Moralität und Sittlichkeit (1986), S. 183-193.
– */Joas, Hans/Offe, Claus* (Hrsg.): Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, Frankfurt a.M. 1993.
– Individualisierung und Gemeinschaft, in: Zahlmann, Christel (Hrsg.), Kommunitarismus in der Diskussion. Eine streitbare Einführung, Berlin 1994, S. 16-23.

Hufen, Friedhelm: Fehler im Verwaltungsverfahren. Ein Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl. Baden-Baden 1998.

Hume, David: A Treatise of Human Nature, Band I: Of the Understanding, London 1739, Band II: Of Passions, London 1739, Band III: Of Morals, London 1740.
– Of the Original Contract, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1741) nach dem Neuabdruck in: Henry D. Aiken (Hrsg.), Hume's Moral and Political Philosophy, New York 1948, S. 356-372.
– An Enquiry Concerning the Principles of Morals, 1751.

Huntington, Samuel P.: No Exit: The Errors of Endism, in: The National Interest, Nr. 17 (1989), S. 3-11.
– The Clash of Civilizations?, in: Foreign Affairs 72/3 (1993), S. 22-49.

Huster, Stefan: Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993.

Inst., zitiert nach Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis (1990).

Jaggar, Alison M.: Toward a Feminist Conception of Moral Reasoning, in: J.P Sterba (Hrsg.), Morality and Social Justice (1995), S. 115-146.

Jansen, Nils: The Validity of Public Morality, in: ARSP 84 (1998), S. 1-15.
– Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998.

Jasay, Anthony de: Social Contract Free Ride. A Study of the Public Goods Problem, Oxford u.a. 1989.

Jellinek, Georg: Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Wien 1878.

– Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. Bad Homburg 1966.

Jhering, Rudolf von: Der Zweck im Recht, Bd. 1, 2. Aufl. Leipzig 1884.

– Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 2, 5. Aufl. Leipzig 1894.

Joas, Hans: Die vergessene Vorgeschichte der Kommunitarismus-Diskussion, in: Brumlik, Micha/Brunkhorst, Hauke (Hrsg.), Gemeinschaft und Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1993, S. 49-62.

Jochum, Georg: Materielle Anforderungen an das Entscheidungsverfahren in der Demokratie, Berlin 1997.

Kagan, Shelly: The Limits of Morality, Oxford 1989.

– Normative Ethics, Boulder/Oxford 1998.

Kant, Immanuel: Kritik der reinen Vernunft, Riga, 1. Aufl. 1781, 2. Aufl. 1787, zitiert 'KrV' mit Seitenzahl der Erstauflage 'A', Seitenzahl der Zweitauflage 'B'.

– Kritik der praktischen Vernunft, Riga, 1. Aufl. 1788, zitiert 'KpV' mit Seitenzahl der Erstauflage 'A'.

Kaufman, Colin K.: The Nature of Justice: John Rawls and Pure Procedural Justice, in: Washburn Law Journal 19 (1980), S. 197-224.

Kaufmann, Arthur: Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, Frankfurt a.M. 1984.

– Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, in: ARSP 72 (1986), S. 425-442.

– Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Vortrag in der Gesamtsitzung der Philosophisch-Historischen und der Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Klasse der Bayerischen Akademie der Wissenschaften am 17. Februar 1989, München 1989.

– Recht und Rationalität, in: Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer, hrsgg. v. Arthur Kaufmann/Ernst-Joachim Mestmäker/Hans F. Zacher, Frankfurt a.M. 1988, S. 11-39.

Kaufmann, Matthias: Rechtsphilosophie, Freiburg i.Br./München 1996.

Kearns, Thomas R./Sarat, Austin: Legal Justice and Injustice: Toward a Situated Perspective, in: dies. (Hrsg.), Justice and Injustice (1996), S. 1-17.

– (Hrsg.): Justice and Injustice in Law and Legal Theory, Ann Arbor 1996.

Kelly, Frank J.: An Analysis of Hegel's Theory of Social Morality: A Non-Normative Theory of Ethics, in: ARSP 84 (1998), S. 167-194.

Kelly, Jerry S.: Social Choice Theory. An Introduction, Berlin u.a. 1988.

Kelly, John J.: A Short History of Western Legal Theory, Oxford 1992.

Kelsen, Hans: Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl. Wien 1975.

– Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960.

– Das Problem der Gerechtigkeit, in: *ders.*, Reine Rechtslehre (1960), Anhang, S. 355-444.

– Allgemeine Theorie der Normen, aus dem Nachlaß hrsgg. v. K. Ringhofer/R. Walter, Wien 1979.

Kern, Lucian: Von Habermas zu Rawls. Praktischer Diskurs und Vertragsmodell im entscheidungslogischen Vergleich, in: ders./H.-P. Müller, Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt? (1986), S. 83-95.
– /Müller, Hans-Peter (Hrsg.): Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt? Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie, Opladen 1986.
– */Nida-Rümelin, Julian:* Logik kollektiver Entscheidungen, München/Wien 1994.

Kersting, Wolfgang: Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1994.
– Herrschaftslegitimation, politische Gerechtigkeit und transzendentaler Tausch, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997), S. 11-60.
– (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes, Frankfurt a.M. 1997.
– Rechtsverbindlichkeit und Gerechtigkeit bei Thomas Hobbes. Bemerkungen anläßlich der zugleich naturrechtlichen und modernitätseuphorischen Hobbes-Interpretation von Norbert Campagna, in: ARSP 84 (1998), S. 354-376.

Kettner, Matthias: Ansatz zu einer Taxonomie performativer Selbstwidersprüche, in: A. Dorschel/M. Kettner u.a. (Hrsg.), Transzendentalpragmatik (1993), S. 187-211.
– Otfried Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, in: W. Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997), S. 243-283.

Keuth, Herbert: Erkenntnis oder Entscheidung. Zur Kritik der kritischen Theorie, Tübingen 1993.

Kirchgässner, Gebhard: Homo oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Tübingen 1991.

Kirchhof, Paul: Objektivität und Willkür, in: H.J. Faller/P. Kirchhof/E. Träger (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit (1989), S. 82-109.
– Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992, § 124, S. 837-972.

Kirchner, Christian: Ökonomische Theorie des Rechts, Berlin/New York 1997.

Kitschelt, Herbert: Moralisches Argumentieren und Sozialtheorie. Prozedurale Ethik bei John Rawls und Jürgen Habermas, in: ARSP 66 (1980), S. 391-429.

Klenner, Hermann: Über die vier Arten von Gerechtigkeitstheorien gegenwärtiger Rechtsphilosophie, in: C. Demmerling/T. Rentsch (Hrsg.), Die Gegenwart der Gerechtigkeit (1995), S. 135-141.

Kley, Roland: Vertragstheorien der Gerechtigkeit. Eine philosophische Kritik der Theorien von John Rawls, Robert Nozick und James Buchanan, Bern/Stuttgart 1989.
– Hayek's Social and Political Thought, Oxford 1994.

Klippel, Diethelm: Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976.

Klug, Ulrich/Kriele, Martin (Hrsg.): Menschen- und Bürgerrecht, ARSP Beiheft 33, Stuttgart 1988.

Koch, Hans J. (Hrsg.): Theorien der Gerechtigkeit, Stuttgart 1994.

Köhler, Michael: Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit, in: ARSP 79 (1993), S. 457-482.

Koller, Peter: Zur Verträglichkeit von Rechtspositivismus und Naturrecht, in: D. Mayer-Maly/P.M. Simons (Hrsg.), Das Naturrechtsdenken heute und morgen (1983), S. 337-358.
- Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen, in: W. Krawietz/H. Schelsky/G. Winkler/A. Schramm (Hrsg.), Theorie der Normen (1984), S. 241-275.
- Zur ethischen Begründung von Recht und Staat. Otfried Höffes 'Politische Gerechtigkeit' und Franz Bydlinskis 'Fundamentale Rechtsgrundsätze', in: Juristische Blätter 1989, S. 477-487, S. 563-574.
- Otfried Höffes Begründung der Menschenrechte und des Staates, in: W. Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997), S. 284-305.
- Neue Theorien des Sozialkontrakts, Berlin 1987.
- Moderne Vertragstheorien und Grundgesetz, in: W. Brugger (Hrsg.), Legitimation des Grundgesetzes (1996), S. 361-393.

Koriath, Heinz: Diskurs und Strafrecht, in: ARSP 85 (1999), S. 184-199.

Krawietz, Werner/Schelsky, Helmut/Winkler, Günther/Schramm, Alfred (Hrsg.): Theorie der Normen, Festschrift für Ota Weinberger, Berlin 1984.
- /Alexy, Robert (Hrsg.): Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983.

Kriele, Martin: Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus, Berlin 1963.
- Die demokratische Weltrevolution, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1987) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Die demokratische Weltrevolution und andere Beiträge (1997), S. 9-117.
- Zur Universalität der Menschenrechte, in: R. Alexy/R. Dreier (Hrsg.), Rechtssystem und praktische Vernunft (1993), S. 47-61.
- Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 5. Aufl. Opladen 1994.
- Die demokratische Weltrevolution und andere Beiträge, Berlin 1997.

Kübler, Friedrich: Der 'Markt der Meinungen', in: E. Stein/H. Faber (Hrsg.), Festschrift für Helmut Ridder (1989), S. 177-123.

Kühnhardt, Ludger: Die Universalität der Menschenrechte, 2. Aufl. Bonn 1991.
- Menschenrechte, politisches Denken und politische Systeme, in: U. Klug/M. Kriele (Hrsg.), Menschen- und Bürgerrechte (1988), S. 69-80.

Kuhlmann, Wolfgang (Hrsg.): Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik, Frankfurt a.M. 1986.
- Anthropozentrismus in der Ethik, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1989) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Kant und die Transzendentalpragmatik, Würzburg 1992, S. 131-146.

– Bemerkungen zum Problem der Letztbegründung, in: A. Dorschel/M. Kettner u.a. (Hrsg.), Transzendentalpragmatik (1993), S. 212-237.

Kuhn, Thomas S.: The Structure of Scientific Revolutions, 2. Aufl. Chicago 1970.

Kukathas, Chandran: Hayek and Modern Liberalism, Oxford 1989.

Ladeur, Karl-Heinz: Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, Berlin 1992.
– Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewißheitsbedingungen und intersubjektive Rationalität, in: Rechtstheorie 27 (1996), S. 385-414.

Lang, Susanne: Feministische (Diskurs-)Ethik? Überlegungen zu Ansatz und Gegenstand feministischer Ethik und Ethikkritik, in: W. Reese-Schäfer/K.T. Schuon (Hrsg.), Ethik und Politik (1990), S. 75-87.

Laun, Rudolf von: Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig 1910.

Lee, Daniel E.: Generations and the Challenge of Justice, Lanham/New York 1996.

Leibniz, Gottfried W.: Méditation sur la notion commune de la justice, Fragment, vermutlich aus *Leibniz'* Zeit in Paris, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (ca. 1674) nach der Übersetzung von Artur Buchenau, in: *G.W. Leibniz,* Philosophische Werke (1996), S. 662-671.
– De notionibus Juris et Iustitiae (1693), Vorrede des Codex Juris Gentium diplomaticus, zitiert nach dem Textabdruck bei M. Dießelhorst (Hrsg.), Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians (1985), S. 203 f.
– Philosophische Werke: in vier Bänden, hrsgg. v. Ernst Cassirer, übers. v. Artur Buchenau, Band 2: Hauptschriften zur Grundlegung der Philosophie, Teil II, Erstauflage 1904, Neudruck Hamburg 1996.

Leisner, Walter: Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, Berlin 1997.

Lenoble, Jacques: Droit et communication. La transformation du droit contemporain, Paris 1994.

Levy, Beryl H.: Cardozo and Frontiers of Legal Thinking, New York 1938.

Lightfoot-Klein, Hanny: Das grausame Ritual. Sexuelle Verstümmelung von afrikanischen Frauen, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1989) nach der deutschen Übersetzung von Michaela Huber, Frankfurt a.M. 1992.

Lind, E. Allen/Tyler Tom R.: The Social Psychology of Procedural Justice, New York 1988.

List, Elisabeth/Studer, Herlinde (Hrsg.): Denkverhältnisse – Feminismus und Kritik, Frankfurt a.M. 1989.

Locke, John: Two Treatises of Government, 3. Aufl. London 1698.

Lucas, John R.: Moralists and Gamesmen, in: Philosophy 34 (1959), S. 1-11.
– The Principles of Politics, Oxford 1966.
– On Justice. Peri Dikaiou, Oxford 1980.

Lübbe, Gertrude: Die Auferstehung des Sozialvertrags. John Rawls' Gerechtigkeitstheorie, in: Rechtstheorie 8 (1977), S. 185-196.

Luhmann, Niklas: Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969.

– Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: Rechtstheorie 4 (1973), S. 131-167.
– Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier, in: Rechtstheorie 5 (1974), S. 201-203.
– Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a.M. 1981.
– Selbstlegitimation des Staates, in: N. Achterberg/W. Krawietz (Hrsg.), Legitimation des modernen Staates (1981), S. 65-83.
– Rechtssoziologie, 3. Aufl. Opladen 1987.
– Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993.
– Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberger Universitätsrede vom 10. Dezember 1992, Heidelberg 1993.

Lyons, David: Forms and Limits of Utilitarianism, Oxford 1965.
– In the Interest of the Governed. A Study in Bentham's Philosophy of Utility and Law, Oxford 1973.

Lyotard, Jean-François: La Condition postmoderne, Paris 1979.
– Das postmoderne Wissen. Ein Bericht, zitiert mit der Jahreszahl des Originalausgabe (1979) nach der Übersetzung von Otto Pfersmann, hrsgg. v. Peter Engelmann, 3. Auf. Wien 1994.
– Der Widerstreit, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1983) nach der Übersetzung von Joseph Vogl, München 1987.
– Die Aufklärung, das Erhabene, Philosophie, Ästhetik. Gespräch mit Jean-François Lyotard, Interview durch Willem van Reijen/Dick Veerman, in: *W. Reese-Schäfer,* Lyotard zur Einführung (1988), S. 103-147.

Machiavelli, Niccolò: Der Fürst, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1532) nach der Übersetzung von Rudolf Zorn, 6. Aufl. Stuttgart 1978.

Machura, Stefan: The Individual in the Shadow of Powerful Institutions: Niklas Luhmann's *Legitimation by Procedure* As Seen by Critics, in: K.F. Röhl/S. Machura (Hrsg.), Procedural Justice (1997), S. 181-205.

MacIntyre, Alasdair C.: A Short History of Ethics. A History of Moral Philosophy from the Homeric Age to the Twentieth Century, New York 1966.
– Der Verlust der Tugend. Zur moralischen Krise der Gegenwart, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1984) nach der deutschen Übersetzung der 2. Auflage, Frankfurt a.M. 1995.
– Whose Justice? Which Rationality?, Indiana 1988.
– Ist Patriotismus eine Tugend?, in: A. Honneth u.a. (Hrsg.), Kommunitarismus (1993), S. 84-102.

Mackie, John L.: Can There Be a Right-Based Moral Theory, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1978) nach dem Neuabdruck in: J. Waldron (Hrsg.), Theories of Rights, Oxford 1984, S. 168-181.

Madison, James alias Publius: Federalist No. 10 vom 22. November 1787 und No. 51 vom 6. Februar 1788, in: Jacob E. Cooke (Hrsg.), The Federalist, Middletown 1961.

Maihofer, Werner (Hrsg.): Begriff und Wesen des Rechts, Darmstadt 1973.

Manthe, Ulrich: Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles, in: SZ (Rom. Abt.) 113 (1996), S. 1-31.

– Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffs II: Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpians, in: SZ (Rom. Abt.) 114 (1997), S. 1-26.

Marko, Joseph/Stolz, Armin (Hrsg.): Demokratie und Wirtschaft, Wien/Köln/Graz 1987.

Matsuda, Mary: Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawls's Theory of Justice, in: New Mexico Law Journal 16 (1986), S. 613-630.

Maturana, Humberto R./Varela, Francisco: Der Baum der Erkenntnis. Die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1984) nach der deutschen Übersetzung, Bern/München/Wien 1987.

Maus, Ingeborg: Freiheitsrechte und Volkssouveränität. Zu Jürgen Habermas' Rekonstruktion des Systems der Rechte, in: Rechtstheorie 27 (1995), S. 507-562.

Mayer-Maly, Dorothea/Simons, Peter M. (Hrsg.): Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic, Berlin 1983.

Mayer-Maly, Theo: Rechtswissenschaft, 4. Aufl. München/Wien 1988.

McKenzie, Richard B./Tullock, Gordon: Homo Oeconomicus. Ökonomische Dimensionen des Alltags, Frankfurt a.M./New York 1984.

Medina, Vicente: Social Contract Theories. Political Obligation or Anarchy? Savage (Maryland) 1990.

Mengel, Hans-Joachim: Gesetzgebung und Verfahren. Ein Beitrag zur Empirie und Theorie des Gesetzgebungsprozesses im föderalen Verfassungsstaat, Berlin 1997.

Mieth, Dietmar: Rechtfertigung und Gerechtigkeit, in: T. Fleiner/G. Gaston u.a. (Hrsg.), La Justice (1977), S. 64-89.

Miller, Harlan B./Williams, William H. (Hrsg.): The Limits of Utilitarianism, Minneapolis 1982.

Moore, George E.: Principia Ethica, London 1903.

Morlok, Martin: Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? Berlin 1988.

– Artikel 21 GG, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (1998).

– Artikel 38 GG, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (1998).

Mueller, Dennis C.: Public Choice II, Cambridge u.a. 1989.

Müller, Friedrich: Juristische Methodik, 6. Aufl. Berlin 1995.

Müller, Jörg P.: Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993.

Müller, Lorenz: Islam und Menschenrechte. Sunnitische Muslime zwischen Islamismus, Säkularismus und Modernismus, Hamburg 1996.

Nagel, Thomas: The View From Nowhere, Oxford/New York 1986.

– Equality and Partiality, Oxford / New York 1991.

Nagl-Docekal, Herta: Die Kunst der Grenzziehung und die Familie. Eine feministische Kritik der Gerechtigkeitskonzeption von Michael Walzer, in: C. Demmerling / T. Rentsch (Hrsg.), Die Gegenwart der Gerechtigkeit (1995), S. 261-273.

– */Pauer-Studer, Herlinde* (Hrsg.): Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität, Fankfurt a.M. 1996.

Narveson, Jan: Rawls and Utilitarianism, in: H.B. Miller / W.H. Williams (Hrsg.), The Limits of Utilitarianism (1982), S. 128-143.

Nash, John F.: The Bargaining Problem, in: Econometria 18 (1950), S. 155-162.

– Non-cooperative Games, in: Annals of Mathematics, 54 (1951), S. 286-295.

Neumann, John v./Morgenstern, Oskar: The Theory of Games and Economic Behavior, Princeton 1944.

Neumann, Ulfried: Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, in: ZStW 101 (1989), S. 52-74.

– Zur Interpretation des forensischen Diskurses, in: Rechtstheorie 27 (1996), S. 415-426.

Nida-Rümelin, Julian: Die beiden zentralen Intentionen der Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß von John Rawls – eine kritische Rekonstruktion, in: ARSP 76 (1990), S. 457-466.

– */Schmidt, Thomas/Munk, Axel:* Interpersonal Dependency of Preferences, in: Theory and Decision 41 (1996), S. 257-280.

– Theoretische und angewandte Ethik: Paradigmen, Begründungen, Bereiche, in: ders. (Hrsg.), Angewandte Ethik (1996), S. 2-85.

– (Hrsg.), Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung, Stuttgart 1996.

– Gerechtigkeit bei John Rawls und Otfried Höffe. Ein Vergleich, in: W. Kersting (Hrsg.), Gerechtigkeit als Tausch? (1997), S. 306-320.

Nietzsche, Friedrich: Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (Band 1: 1878, Band 2: 1879) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Werke (1966), Band 1, S. 435-1008.

– Also sprach Zarathustra. Ein Buch für Alle und Keinen, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1. / 2. Teil: 1883, 3. Teil: 1884, 4. Teil: 1885) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Werke (1966), Band 2, S. 275-561.

– Zur Genealogie der Moral, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1887) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Werke (1966), Band 2, S. 761-900.

– Götzen-Dämmerung, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1888) nach dem Neuabdruck in: *ders.,* Werke, hrsgg. v. K. Schlechta, Band 2, Darmstadt 1966, S. 939-1033.

– Werke, hrsgg. v. K. Schlechta, Darmstadt 1966.

Nino, Carlos S.: The Ethics of Human Rights, Oxford 1991.

Nozick, Robert: Anarchy, State, and Utopia, New York 1974.

– The Examined Life. Philosophical Meditations, New York 1989.

– The Nature of Rationality, Princeton 1993.

Nyerere, Julius K.: Essays on Socialism, Oxford 1968.

Okin, Susan M.: Justice, Gender, and the Family, New York 1989.
– Political Liberalism, Justice, and Gender, in: Ethics 105 (1994), S. 23-43.

Olson, Mancur: The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups, Cambridge 1965.

O'Neill, Onora: Gerechtigkeit, Geschlechterdifferenz und internationale Grenzen, zitiert mit der Jahreszahl der Originalfassung (1993) nach der Übersetzung in: H. Nagl-Docekal/H. Pauer-Studer (Hrsg.), Politische Theorie (1996), S. 417-450.

Parfit, Derek: Reasons and Persons, Oxford 1984.

Pateman, Carol: The Sexual Contract, Stanford 1988.

Patzig, Günther: Ethik ohne Metaphysik, 2. Aufl. Göttingen 1983.
– 'Principium diiudicationis' und 'Principium executionis'. Über transzendentalpragmatische Begründungssätze für Verhaltensnormen, in: G. Prauss (Hrsg.), Handlungstheorie und Transzendentalphilosophie (1986), S. 204-218.
– Grußwort zum Wieacker Symposion, in: O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier (Hrsg.), Rechtssystem und praktische Vernunft (1989), S. 11-13.

Pauer-Studer, Herlinde: Das Andere der Gerechtigkeit. Moraltheorie im Kontext der Geschlechterdifferenz, Berlin 1996.
– Ethik und Geschlechterdifferenz, in: J. Nida-Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik (1996), S. 86-136.

Pawlowski, Hans-Martin/Roellecke, Gerd (Hrsg.): Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, ARSP Beiheft 65, Stuttgart 1996.

Pennock, J. Roland/Chapman, John W. (Hrsg.): Human Nature in Politics, New York 1977.

Perelman, Chaim: Eine Studie über die Gerechtigkeit, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1945) nach der Übersetzung von Ulrike Blüm, in: *ders.,* Über die Gerechtigkeit (1967), S. 9-84.
– Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1965) nach der Übersetzung von Ottmar Ballweg, in: *ders.,* Über die Gerechtigkeit (1967), S. 85-163.
– (Hrsg.): Les Antinomies en Droit, Brüssel 1965.
– Über die Gerechtigkeit. Mit einer Einleitung von Theodor Viehweg, München 1967.

Persson, Ingmar: Eine Basis für (Interspezies-)Gleichheit, in: P. Cavaliere/P. Singer (Hrsg.), Menschenrechte für große Menschenaffen (1994), S. 280-296.

Peters, Bernhard: Integration moderner Gesellschaften, Frankfurt a.M. 1993.

Pfordten, Dietmar v.d.: Rechtsethik, in: J. Nida-Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik (1996), S. 200-289.

Pieper, Annemarie: Einführung in die Ethik, 2. Aufl. Tübingen 1991.
– (Hrsg.), Geschichte der neueren Ethik, Band 2: Gegenwart, Tübingen 1992.

Pietzcker, Jost: Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41 (1983), S. 193-231.

Pitschas, Rainer: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts, München 1990.

Pogge, Thomas W.: Realizing Rawls, Ithaca 1989.

Popper, Karl R.: Logik der Forschung, 9. Aufl. Tübingen 1989.

Posner, Richard A.: The Problems of Jurisprudence, Cambridge/London 1990.
– Economic Analysis of the Law, 4. Aufl. Boston/Toronto/London 1992.

Prauss, Günther (Hrsg.): Handlungstheorie und Transzendentalphilosophie, Frankfurt a.M. 1986.

Prechtl, Peter: Gerechtigkeit und Individualität – gegensätzliche Komponenten einer politischen Ethik? Eine Kritik utilitaristischer Elemente in Vertragskonzeptionen, in: W. Reese-Schäfer/K.T. Schuon (Hrsg.), Ethik und Politik (1990), S. 171-182.

Proudhon, Pierre J.: Philosophie der Staatsökonomie oder Notwendigkeit des Elends, 2 Bände, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1846) nach der Übersetzung von Karl Grün, Darmstadt 1847, Neudruck 1966.

Puntel, L. Bruno: Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie. Eine kritisch-systematische Darstellung, Darmstadt 1978.

Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1946) nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Rechtsphilosophie (1973), S. 339-350.
– Gerechtigkeit und Gnade, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1949) nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Rechtsphilosophie (1973), S. 329-335.
– Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hrsgg. v. Erik Wolf/Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973.

Radnitzky, Gerard (Hrsg.): Centripetal Forces in the Sciences, Band 1, New York 1987.

Raphael, David D.: Justice and Liberty, London 1980.

Rawls, John: Outline of a Decision Procedure for Ethics, in: The Philosophical Review 60 (1951), S. 177-197.
– Justice as Fairness, in: The Journal of Philosophy 54 (1957), S. 653-662.
– A Theory of Justice, wegen des genauen Wortlauts zitiert nach der Originalausgabe (1971) unter Angabe der Kapitelnummer zum Vergleich mit der deutschen Ausgabe 'Eine Theorie der Gerechtigkeit' (1979), Cambridge 1971.
– Some Reasons for the Maximin Criterion, in: American Economic Review 64 (1974), S. 141-146.
– Der Vorrang der Grundfreiheiten, zitiert mit der Jahreszahl der Vortragsfassung (1982) nach der Übersetzung von Michael Anderheiden, in: *ders.,* Die Idee des politischen Liberalismus (1992), S. 159-254.
– Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989, hrsgg. v. Wilfried Hinsch, Frankfurt a.M. 1992.
– Political Liberalism, New York 1993.
– Das Völkerrecht, in: S. Shute/S. Hurley (Hrsg.), Die Idee der Menschenrechte (1993), S. 53-103.

Reese-Schäfer, Walter: Lyotard zur Einführung, Hamburg 1988.

– Das Begründungsprogramm Diskursethik in der gegenwärtigen Diskussion und sein Verhältnis zur Struktur des Politischen, in: ders./K.T. Schuon (Hrsg.), Ethik und Politik (1990), S. 15-26.
– Die politische Rezeption des kommunitarischen Denkens in Deutschland, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 36/96, S. 3-11.
– Grenzgötter der Moral. Der neuere europäisch-amerikanische Diskurs zur politischen Ethik, Frankfurt a.M. 1997.
– Was bleibt nach der Dekonstruktion? Zur postmodernen Politiktheorie, in: U. Carstens/C. Schlüter-Knaurer (Hrsg.), Der Wille zur Demokratie (1998), S. 143-159.
– */Schuon, Karl T.* (Hrsg.): Ethik und Politik. Diskursethik, Gerechtigkeitstheorie und politische Praxis, Marburg 1991.

Regan, Tom: Unrechtmäßig erworbene Vorteile, in: P. Cavaliere/P. Singer (Hrsg.), Menschenrechte für große Menschenaffen (1994), S. 297-314.

Rennig, Christoph: Subjective Procedural Justice and Civil Procedure, in: K. Röhl/S. Machura (Hrsg.), Procedural Justice (1997), S. 207-234.

Renzikowski, Joachim: Naturrechtslehre oder Rechtspositivismus – ein Streit um Worte?, in: ARSP 81 (1995), S. 335-346.

Rescher, Nicholas: Distributive Justice. A Constructive Critique of the Utilitarian Theory of Distribution, New York/London 1966.

Ricœur, Paul: Soi-même comme un autre, Paris 1990.

Ritterband, Charles E.: Universeller Menschenrechtsschutz und völkerrechtliches Interventionsverbot, Bern/Stuttgart 1982.

Robbers, Gerhard: Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1980.

Rock, Adolf: Dokumente der amerikanischen Demokratie, Wiesbaden 1947.

Röhl, Klaus F.: Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung, Baden-Baden 1992.

– Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice). Einführung in den Themenbereich und Überblick, in: ZfRSoz 14 (1993), S. 1-34.
– Procedural Justice: Introduction and Overview, in: ders./S. Machura (Hrsg.), Procedural Justice (1997), S. 1-35.
– */Machura, Stefan* (Hrsg.), Procedural Justice, Aldershot/Brookfield u.a. 1997.

Roellecke, Gerd: Theorie und Philosophie des Rechtes, in: ders. (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Darmstadt 1988, S. 1-24.

Rorty, Richard: Kontingenz, Ironie und Solidarität, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1989) nach der deutschen Übersetzung von C. Krüger, 4. Aufl. Frankfurt a.M. 1997.

Rosen, Stanley: Nihilism. A Philosophical Essay, New Haven/London 1969.

Rosenkrantz, Carlos F.: Der neue Rawls, in: Rechtstheorie 27 (1996), S. 189-213.

Ross, Alf: Kritik der sogenannten praktischen Vernunft. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft, Kopenhaben/Leipzig 1933.

Rümelin, Max: Die Gerechtigkeit, Tübingen 1920.

Rüthers, Bernd: Warum wir nicht genau wissen, was 'Gerechtigkeit' ist, in: W. Fürst/R. Herzog/D.C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1 (1987), S. 19-39.

– Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Defizite eines Begriffs, Zürich 1991.

Sacksofsky, Ute: Das Grundrecht auf Gleichbehandlung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Baden-Baden 1991.

Sandel, Michael J.: Liberalism and the Limits of Justice, Cambridge 1982.

Savigny, Eike v.: Analytische Philosophie, Freiburg i.Br./München 1970.

– J.L. Austins Theorie der Sprechakte (1972), in: J.L. Austin, Theorie der Sprechakte (1962), deutsche Bearbeitung von Eike von Savigny, S. 7-20.

Scanlon, T.M.: Contractualism and Utilitarianism, in: A.K Sen/B.A.O. Williams (Hrsg.), Utilitarianism and Beyond (1982), S. 103-128.

Schaper, Jürgen: Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, Berlin 1985.

Scheffler, Samuel: The Rejection of Consequentialism. A Philosophical Investigation of the Considerations Underlying Rival Moral Conceptions, revidierte Ausgabe Oxford 1994.

Schmidt, Eberhard: Probleme staatlichen Strafens in der Gegenwart, in: SJZ 1946, S. 204-209.

Schmidt, Volker H.: Bounded Justice, ZeS Arbeitspapier Nr. 8/93, hrsgg. v. Zentrum für Sozialpolitik, Bremen 1993.

– Soziologische Gerechtigkeitsanalyse als empirische Institutionenanalyse, in: Müller, Hans-Peter/Wegener, Bernd (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und soziale Gerechtigkeit, Opladen 1995, S. 173-194.

Schmitt, Carl: Der Begriff des Politischen, veränderte Neuausgabe eines 1927 erstmals publizierten Aufsatzes, München/Leipzig 1932.

Schnädelbach, Herbert (Hrsg.): Rationalität. Philosophische Beiträge, Frankfurt a.M. 1984.

– Was ist Neoaristotelismus?, in: W. Kuhlmann (Hrsg.), Moralität und Sittlichkeit (1986), S. 38-63.

Schnepel, Patrick: Liberalismus als Theorie der amerikanischen Gesellschaft. Zu den neuen Veröffentlichungen von John Rawls, in: Rechtsphilosophische Hefte 4 (1995), S. 151-158.

Schopenhauer, Arthur: Die Welt als Wille und Vorstellung, zitiert mit der Jahreszahl der Erstausgabe (1819) nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Sämtliche Werke, hrsgg. v. Wolfgang Freiherr von Löhneysen, Band 1, Stuttgart 1960.

Schotter, Andrew R.: Microeconomics. A Modern Approach, 2. Aufl. Reading u.a. 1997.

Schroth, Jörg: Über formale Gerechtigkeit, in: ARSP 82 (1997), S. 483-505.

Schulze-Fielitz, Helmuth: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980-1983), Berlin 1988.

Schumpeter, Joseph A.: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (1942), Neudruck Tübingen 1993.

Schuon, Karl T.: Von der Diskursethik zur Gerechtigkeitstheorie. Probleme einer philosophischen Grundlegung politischer Theorie, in: W. Reese-Schäfer/K.T. Schuon (Hrsg.), Ethik und Politik (1990), S. 36-61.

Searle, John R.: Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language, Cambridge 1969.

Selten, Reinhard: Spieltheoretische Behandlung eines Oligopolmodells mit Nachfrageträgheit, Teil I: Bestimmung des dynamischen Preisgleichgewichts, in: Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft, 121 (1965), S. 301-324; Teil II: Eigenschaften des dynamischen Preisgleichgewichts, ebd., S. 667-689.

Sen, Amartya K./Williams, Bernard A.O. (Hrsg.): Utilitarianism and Beyond, Cambridge/London u.a. 1982.

Shklar, Judith N.: Über Ungerechtigkeit, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1990) nach der deutschen Übersetzung, Berlin 1992.

Shute, Stephen/Hurley, Susan (Hrsg.): Die Idee der Menschenrechte, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1993) nach der deutschen Übersetzung von Michael Bischoff, Frankfurt a.M. 1996.

Sieckmann, Jan-R.: Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.

– Justice and Rights, in: Aleksander Peczenik/Mikael M. Karlsson (Hrsg.), Law, Justice and the State, ARSP Beiheft 58, Stuttgart 1995, S. 110-118.

– Zur Begründung von Abwägungsurteilen, in: Rechtstheorie 26 (1995), S. 45-69.

Sieyes, Emmanuel Joseph: Was ist der Dritte Stand?, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1789) nach der Übersetzung von E. Schmitt/R. Reichardt (Hrsg.), Politische Schriften 1788-1790, 2. Aufl. München/Wien 1981.

Simma, Bruno/Fastenrath, Ulrich (Hrsg.): Menschenrechte – Ihr internationaler Schutz, 3. Aufl. München 1992.

Simon, Thomas W.: Democracy and Social Injustice, Lanham 1995.

Sinha, Surya P.: Freeing Human Rights from Natural Rights, in: ARSP 70 (1984), S. 342-383.

– Non-Universality of Law, in: ARSP 81 (1995), S. 185-214.

Skirbekk, Gunnar: Ethical Gradualism and Discourse Ethics, in: A. Dorschel/M. Kettner u.a. (Hrsg.), Transzendentalpragmatik (1993), S. 297-315.

Skubik, Daniel W.: Two Models for a Rawlsian Theory of International Law and Justice, in: Denver Journal of International Law and Policy 14 (1986), S. 231-274.

Smith, Adam: The Theory of Moral Sentiments, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1759) nach der Neuausgabe von D.D. Raphael/A.L. Macfie, Oxford 1976.

Soltan, Karol Edward: The Causal Theory of Justice, Berkeley/Los Angeles/London 1987.

Spaemann, Robert: Moralische Grundbegriffe, 5. Aufl. München 1994.

Starck, Christian: Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposion zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, Baden-Baden 1982, S. 51-73.

Stark, Ralf: Ehrenschutz in Deutschland, Berlin 1996.

Stein, Ekkehard/Faber, Heiko (Hrsg.): Auf einem dritten Weg, Festschrift für Helmut Ridder, Neuwied 1989.

Steiner, Dirk: Das Fairneßprinzip im Strafprozeß, Frankfurt a.M./Berlin u.a. 1995.

Steinhoff, Uwe: Probleme der Legitimation, in: Rechtstheorie 27 (1996), S. 449-459.

Steinvorth, Ulrich: Über die Rolle von Vertrag und Konsens in der politischen Theorie, in: ARSP 72 (1986), S. 21-31.
– Gleiche Freiheit. Politische Philosophie und Verteilungsgerechtigkeit, Berlin 1999.

Sterba, James P.: How to Make People Just. A Practical Reconciliation of Conceptions of Justice, Totowa 1988.
– Reconciling Conceptions of Justice, in: ders. (Hrsg.), Morality and Social Justice (1995), S. 1-38.
– (Hrsg.), Morality and Social Justice. Point/Counterpoint, Lanham (Maryland) 1995.

Stern, Klaus: Zur Universalität der Menschenrechte, in: Franz Ruland/Bernd Baron von Maydell/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 1065-1079.

Stevenson, Charles L.: Ethics and Language, New Haven 1944.

Stigler, George J.: The Citizen and the State: Essays on Regulation, Chicago 1975.

Stinchcombe, Arthur L.: Reason and Rationality, in: Sociological Theory 4 (1986), Fall, S. 151-166.

Strangas, Johannes: Bemerkungen zum Problem der Letztbegründung, in: ARSP 70 (1984), S. 475-494.

Stückrath, Birgitta: Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, Berlin 1997.

Sturma, Dieter: Gerechtigkeitsethik, in: A. Pieper (Hrsg.), Geschichte der neueren Ethik, Band 2 (1992), S. 281-305.

Sunstein, Cass: Interest Groups in American Public Law, in: Stanford Law Review 38 (1985), S. 29-87.

Tammelo, Ilmar: Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, Kassel 1971.
– Theorie der Gerechtigkeit, Freiburg i.Br./München 1977.

Taylor, Charles: Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität, Frankfurt a.M. 1994.

– (Hrsg.), Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, Frankfurt a.M. 1993.
– Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus, in: A. Honneth u.a. (Hrsg.), Kommunitarismus (1993), S. 103-130.

Taylor, Michael: Anarchy and Cooperation, London/New York u.a. 1976.
– Community, Anarchy, and Liberty, Cambridge 1982.

Tesón, Fernando R.: The Kantian Theory of International Law, in: Columbia Law Review 92 (1992), S. 53-102.

Tettinger, Peter J.: Fairneß und Waffengleichheit. Rechtsstaatliche Direktiven für Prozeß und Verwaltungsverfahren, München 1984.
– Fairness als Rechtsbegriff im deutschen Recht, in: Der Staat 36 (1997), S. 575-595.

Teubner, Gunter: Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um postinstrumentale Rechtsmodelle, in: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 13 (1984), S. 109-149.
– Recht als autopoietisches System, Frankfurt 1989.
– Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: H.-M. Pawlowski/G. Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates (1996), S. 199-220.

Thomas von Aquin: Summa Theologica, II. Buch, II. Teil, Fragen 57-79: Recht und Gerechtigkeit, zitiert 'ST, II-II' mit Frage, Artikel und Abschnitt (Behauptung, Korpus der Antwort, Nr. der Antwort) nach der Übersetzung in: 1.) Die Deutsche Thomas-Ausgabe, hrsgg. v. der Albertus-Magnus-Akademie Walberberg bei Köln, übers. v. Dominikanern und Benediktinern Deutschlands und Österreichs, Band 18, Heidelberg/München u.a. 1953; sowie 2.) Thomas von Aquin, Recht und Gerechtigkeit, Nachfolgefassung von Band 18 der Deutschen Thomasausgabe, hrsgg. v. Arthur F. Utz, übers. v. Josef F. Groner, Bonn 1987; Übersetzung bei inhaltlichen Unterschieden jeweils gekennzeichnet, sonst nach der Neuübersetzung.

Timm, Birte: Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen. Eine vergleichende Darstellung des deutschen und US-amerikanischen Rechts der Haftung für ehrverletzende Äußerungen, Frankfurt a.M./Berlin u.a. 1996.

Tönnies, Sibylle: Kommunitarismus – diesseits und jenseits des Ozeans, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 36/96, S. 13-19.

Trapp, Rainer: 'Nicht-klassischer' Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1988.

Tribe, Lawrence H.: American Constitutional Law, 2. Aufl. New York 1988.

Trude, Peter: Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin 1955.

Tschannen, Pierre: Stimmrecht und politische Verständigung. Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Basel/Frankfurt a.M. 1995.

Tschentscher, Axel: The Function of Procedural Justice in Theories of Justice, in: K.F. Röhl/S. Machura (Hrsg.), Procedural Justice (1997), S. 105-119.

Tugendhat, Ernst: Probleme der Ethik, Stuttgart 1984.

Vanberg, Viktor/Wippler, Reinhard: Die Renaissance der Idee des Gesellschaftsvertrags und die Soziologie, Einleitung in: L. Kern/H.-P. Müller (Hrsg.), Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt? (1986), S. 1-4.

Vanderveken, Daniel: Les actes de discours. Essai de philosophie du langage et de l'esprit sur la signification des énonciations, Liège/Bruxelles 1988.

Vesting, Thomas: Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven, Baden-Baden 1997.

Vlastos, Gregory: Justice and Equality, in: R.B. Brandt (Hrsg.), Social Justice (1962), S. 31-72.

Waldstein, Wolfgang: Ulpians Definition der Gerechtigkeit (D 1, 1, 10 pr.), in: Horst Heinrich Jakobs u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume, Band I, Köln 1978, S. 213-232.

– Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian, in: M. Beck-Mannagetta u.a. (Hrsg.), FS Mayer-Maly (1996), S. 1-71.

Walter, Robert: Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit, in: M. Beck-Mannagetta u.a. (Hrsg.), FS Mayer-Maly (1996), S. 207-233.

Walzer, Michael: Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit, zitiert mit der Jahreszahl der Originalausgabe (1983) nach der deutschen Übersetzung, Frankfurt a.M. 1992.

– Kommentar zum Multikulturalismus, in: C. Taylor (Hrsg.), Multikulturalismus (1992), S. 109-115.

– Die kommunitaristische Kritik am Liberalismus, in: A. Honneth u.a. (Hrsg.), Kommunitarismus (1993), S. 157-180.

Weale, Albert: The Limits of Democracy, in: A. Hamlin/P. Pettit (Hrsg.), Good Polity (1989), S. 35-47.

Weber, Max: Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft. Eine soziologische Studie, in: Preußische Jahrbücher, 187 (1922), S. 1-12.

– Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, 2 Bände, 5. Aufl. Tübingen 1976.

Webster's Third New International Dictionary siehe P.B. Gove (Hrsg.)

Weikard, Hans-Peter: Contractarian Approaches to Intergenerational Justice, in: ARSP 84 (1998), S. 383-391.

Weinberger, Ota: Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie, in: *ders.,* Moral und Vernunft (1992), S. 315-336.

– Moral und Vernunft. Beiträge zu Ethik, Gerechtigkeitstheorie und Normenlogik, Wien/Köln/Weimar 1992.

– Conflicting Views on Practical Reason. Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy, in: Ratio Juris 5 (1992), S. 252-268.

– Habermas on Democracy and Justice. Limits of a Sound Conception, in: Ratio Juris 7 (1994), S. 239-253.

– Über die Kultur der politischen Argumentation, in: Journal für Rechtspolitik 2 (1994), S. 149-159.

– Zur Theorie der politischen Argumentation, in: Rechtstheorie 26 (1995), S. 163-182.
– Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie, in: Rechtstheorie 27 (1996), S. 427-437.

Weinreb, Lloyd L.: The Complete Idea of Justice, in: The University of Chicago Law Review 51 (1984), S. 752-809.
– Natural Law and Justice, Cambridge/London 1987.

Weiß, Edgar: Diskurstheoretische Aspekte zur Demokratietheorie, in: U. Carstens/C. Schlüter-Knaurer (Hrsg.), Der Wille zur Demokratie (1998), S. 79-91.

Wellbank, H.J./Snook, Dennis/Mason, David T.: John Rawls and his Critics. An Annotated Bibliography, New York/London 1982.

Welsch, Wolfgang: Unsere postmoderne Moderne, Weinheim 1987.
– Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, Frankfurt a.M. 1995.

Welzel, Hans: Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. Göttingen 1962.

Wesner, Gunter: Aequitas naturalis, 'natürliche Billigkeit', in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte, in: M. Beck-Mannagetta u.a. (Hrsg.), FS Mayer-Maly (1996), S. 81-105.

White, Stephen K.: Political Theory and Postmodernism, Cambridge 1991.

Wieacker, Franz: Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1965) nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Ausgewählte Schriften (1983), Band 2, S. 1-16.
– Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, zitiert mit der Jahreszahl der Erstveröffentlichung (1970) nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Ausgewählte Schriften (1983), Band 2, S. 48-80.
– Ausgewählte Schriften, Band 2: Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung, hrsgg. v. Dieter Simon, Frankfurt a.M. 1983.

Winckelmann, Johannes: Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie, Tübingen 1952.

Wittgenstein, Ludwig: Philosophische Untersuchungen, Teil I (1945), hrsgg. v. G.E.M. Anscombe/G.H. von Wright/R. Rhees, Oxford 1953, zitiert nach dem Neuabdruck in: Ludwig Wittgenstein, Werkausgabe, Band 1, Frankfurt a.M. 1989, S. 225-580.

Young, Iris M.: Justice and the Politics of Difference, Princeton 1990.

Zimmer, Gerhard: Funktion – Kompetenz – Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes. Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verwantwortungsbereiche – Zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre, Berlin 1979.

Zimmermann, Ernst: Multideontische Logik und Prozedurale Rechtstheorie, in: ARSP 85 (1999), S. 270-281.

Zippelius, Reinhold: Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat, in: N. Achterberg/W. Krawietz (Hrsg.), Legitimation des modernen Staates (1981), S. 86-94.

– Rechtsphilosophie, 2. Aufl. München 1989.
– Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. Berlin 1996.

Zoglauer, Thomas: Normenkonflikte – zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens, Stuttgart/Bad Cannstadt 1998.

Zsidai, Agnes: Systemwandel und Beseitigung von Ungerechtigkeiten. Politik im Grenzbereich von Recht und Moral, in: Rechtstheorie 27 (1995), S. 493-506.

Zweig, Egon: Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der Französischen Revolution, Tübingen 1909.

Sachregister

Personenregister